

THÈSE DE  
PARIS.

1889

N<sup>o</sup>. 32.

UNIVERSITÉ DE FRANCE  
FACULTÉ DE DROIT

DROIT ROMAIN

DES RISQUES

DANS LES

CONTRATS BILATÉRAUX

DROIT FRANÇAIS

DE L'HYPOTHÈQUE

SUR LES NAVIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*Le jeudi 14 février 1889, à 1 heure*

PAR

Édouard **CROUVES**

Avocat à la Cour de Paris

*Président* : M. LYON-CAEN, professeur.

*Suffragants* : MM. { RATAUD, } professeurs.  
                  { BEUDANT, }  
                  { CHAVEGRIN, agrégé.

PARIS

GEORGES ROUGIER

11, RUE DU REGARD, 11

1889







THÈSE  
POUR  
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

UNIVERSITÉ DE FRANCE  
FACULTÉ DE DROIT

---

DROIT ROMAIN  
DES RISQUES  
DANS LES  
CONTRATS BILATÉRAUX  

---

DROIT FRANÇAIS  
DE L'HYPOTHÈQUE  
SUR LES NAVIRES

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*Le jeudi 14 février 1889, à 1 heure*

PAR

Édouard **CROUVES**

Avocat à la Cour de Paris

*Président : M. LYON-CAEN, professeur.*

*Suffragants : MM. { RATAUD, } professeurs.  
                              { BEUDANT, }  
                              { CHAVEGRIN, agrégé.*

PARIS  
**GEORGES ROUGIER**

11, RUE DU REGARD, 11

—  
1889



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

# DROIT ROMAIN

---

DES

## RISQUES DANS LES CONTRATS BILATÉRAUX

*Multum egerunt qui ante nos fuerunt ;  
sed non peregerunt... Nec ulli nato  
post mille sæcula præcludetur occa-  
sio aliquid adhuc adjiciendi.*

(SÉNÈQUE).

---

### INTRODUCTION

§ 1. — *Comment se pose la question des risques.*

Déterminer quelle partie, dans un contrat, supportera la charge des risques, c'est établir à qui incombera la perte totale ou partielle de l'objet dû, lorsque cette perte surviendra par cas fortuit, c'est-à-dire à la suite de l'un de ces événements « quæ fortuita hominibus accidunt » (Festus, v<sup>o</sup> *Casus*), « quæ ex improviso casu accidunt, fato plerumque » (1, C., *ad leg. Corn. de sicar.*), et auxquels

on est exempt de tout reproche de n'avoir pas résisté (1). Si c'est par le dol, la faute, ou même le simple fait de l'un des contractants, ou après sa mise en demeure, que l'exécution de son obligation est devenue impossible, il n'y aura plus là une question de risques mais une question de responsabilité, qui se résoudra diversement selon la nature du contrat. Remarquons du reste que, par une extension de l'idée de faute (2), le vice du sol est parfois assimilé à une faute du propriétaire, dont il engage la responsabilité (15 § 2, 33 et 62, *loc. cond.*; cpr. 24 §§ 2-4, *de damn. inf.*); est également assimilé à une faute le fait d'un tiers provoqué par une inimitié antérieure (25 § 4, *loc. cond.*: « culpæ autem ipsius et illud adnumeratur, si propter « inimicitias ejus vicinus arbores exciderit. »)

Je n'entreprendrai pas une énumération des faits qui peuvent constituer des cas fortuits, ni des textes qui fournissent ces exemples et dont les plus complets sont deux fragments d'Ulpien : 23, *de reg. jur.*; et 15 § 2, *loc. cond.*; add. 11 pr., *de eviction.* — Je citerai seulement l'incendie, comme ayant donné lieu à une controverse sur le point de savoir s'il fallait ou non lui reconnaître le caractère de cas fortuit (5 § 4, et 18 pr., *commod. vel contr.*; 11 § 1, *loc. cond.*; 3 § 1, *de off. præf. vigil.*; 11, *de peric. et comm.*; etc.) : on s'est accordé en fin de compte à voir

1. « Omnem vim, cui resisti non potest » (15, § 2, *loc. cond.*). « Casum, cui resisti non potest... » (28, C., *de loc. et cond.*); « Ma-  
« jore casu, cui humana infirmitas resistere non potest.. » (1 § 4, *de oblig. et action.*); « Fortuitos casus nullum humanum consi-  
« lium providere potest » (2, § 7, *de administr. rer.*); etc.

2. « Mucius dixit : Culpam esse, quod, cum a diligente provi-  
deri poterit, non esset provisum, aut tum denunciatum es-  
set, cum periculum evitari non possit » (31, *ad leg. aquil.*).

là une question de fait. Je signalerai aussi, dans une hypothèse spéciale et isolée (*infra*, sect. III, § 3), les jurisconsultes semblent distinguer entre le simple cas fortuit et la force majeure ; mais cette distinction, sans grande application pratique, ne doit pas nous arrêter ici : le plus généralement, les textes rapprochent et assimilent ces deux ordres de faits (1), et souvent ils ne laissent pas soupçonner la possibilité d'une distinction entre eux.

Il ne suffit toutefois pas qu'il y ait cas fortuit, pour que la question des risques se pose : il faut encore que l'objet de l'obligation soit un fait ou un corps certain. En effet, « qu'une impossibilité d'exécution survienne relativement à une dette de genre, cela n'est pas inouï, mais cela est rare. Nous citerons la mise hors du commerce d'un genre de choses (2), l'établissement d'un monopole au profit de l'État. Ce sont, il faut l'avouer, des faits extraordinaires » (3), et l'adage *genera non pereunt* exprime « une vérité approximative qui touche de bien près à la vérité absolue ». Une autre raison pour omettre ici les obligations de genre, c'est que, si la question des risques peut s'y poser à la rigueur, elle ne s'y pose point d'une manière complète : on conçoit encore bien que la perte totale, survenant en quelques cas extrêmement rares, puisse entraîner pour le débiteur d'un genre une impossibilité

1. « Propter majorem vim majoresve casus non tenetur. » (§ 2, *Inst., quib. mod. re contrah.*) : « Ut fatale damnum vel vis magna sit excusata. » (2 § 1, *de peric. et comm. rei vend.*).

2. On cite d'ordinaire un cas que les Romains semblent n'avoir pas même eu l'idée de prévoir : un affranchissement général de tous les esclaves par mesure législative.

3. Labbé : *Etudes sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, § 3.

d'exécution ; mais il est certain que jamais une perte partielle ou une détérioration ne saurait diminuer sa dette.

Je ne me préoccuperais enfin que des contrats bilatéraux. La règle applicable, au cas où l'exécution de l'obligation unique qui dérive d'un contrat unilatéral devient fortuitement impossible pour le tout ou pour partie, nous est indiquée par le fr. 185, *de reg. jur.* : « impossibilium nulla obligatio est » ; le débiteur est donc purement et simplement libéré. Cette règle très simple, qui fournirait difficilement matière à de longs développements, souffre une seule exception, au cas de dépôt : si le contrat a été conclu dans l'intérêt exclusif du dépositaire, « hoc depositum », nous dit Ulpien (4 pr., *de reb. cred.*), « periculo est ejus qui suscepit. »

Notre question ainsi délimitée se posera dans les termes suivants : *Lorsque le débiteur d'un fait ou d'une chose certaine se trouve fortuitement et avant toute demeure dans l'impossibilité totale ou partielle d'exécuter son obligation, le créancier de cette chose ou de ce fait supportera-t-il néanmoins le sacrifice intégral de l'équivalent qu'il a promis ou donné ?*

§ 2. — *Comment les Romains ont résolu cette question.*

Les Romains ont-ils suivi en notre matière une règle uniforme, se sont-ils conformés à un principe ou à des principes bien arrêtés ? On le prétend généralement ; mais les efforts que l'on fait, d'abord pour dégager des textes ce principe, puis pour y plier de force tout les contrats bilatéraux, suffiraient à rendre cette prétention

suspecte : un examen attentif en démontre l'absolue inanité. Nous verrons des contrats analogues suivre des règles différentes ; — nous constaterons dans un même contrat l'application, selon les circonstances, de deux principes contraires, et, dans les divers contrats qui admettent ce système distributif, nous verrons rarement les mêmes circonstances amener les modifications ainsi admises dans l'application des principes.

Non pas que j'entende accuser d'inconséquence ni de continuelle contradiction les nombreux textes intervenus à propos des risques : je veux seulement dire que de cette multitude de décisions particulières ne se dégage point une théorie juridique uniforme. « Les jurisconsultes de Rome sont avant tout d'habiles et judicieux praticiens, très préoccupés du résultat et de l'intérêt moral des parties en causes ; ils excellent à statuer sur des espèces... Sur les faits de la vie réelle, ils se prononcent avec une sûreté de jugement presque infaillible. La solution trouvée, ils la justifient par des idées générales *qui n'ont qu'une valeur relative* ; ils n'hésitent pas à *rectifier ces idées* dès qu'ils se voient entraînés par elles vers des conséquences que leur bon sens réprouve... Admirables quand ils raisonnent et se prononcent sur des hypothèses particulières, ils ont une aptitude moindre pour la généralisation et pour l'établissement des principes » (Labbé, *op. cit.*, § 131). Tout ce que l'on peut avancer de plus positif en notre matière, c'est qu'ils s'efforcent souvent, comme nous le verrons pour la vente conditionnelle, le louage, la société, l'*æstimatum*, de conformer leurs décisions à l'intention vraisemblable des parties, et qu'ils reconnaissent toujours et en tous cas la possibilité d'une volonté con-

traire, dont ils s'engagent à respecter la manifestation. L'exemple le plus frappant de cela nous sera donné par la loi 1, C., *de jur. emphyt.* (voy. *infra*, sect. IV, § 3). C'est ainsi également que, après avoir posé la règle « *Emptoris erit damnum* », dont nous vérifierons bientôt l'exactitude, Ulpien (1 pr., *de peric. et comm. rei vend.*) ajoute : « *Sed si venditor se periculo subjecit, .. periculum sustinebit* ». De même, la loi 8, C., *de loc. et cond.*, admet que l'on puisse expressément déroger à la règle qui met les cas fortuits à la charge du bailleur d'un fonds (1). De même, pour le louage d'industrie, le fr. 13, § 5, *loc. cond.* (2). Citons encore la loi 6, C., *de pignor. act.*, (3) et le fr. 23, *de reg. jur.* (4). On pourrait multiplier les exemples. Je me bornerai à indiquer, en terminant, le cas où, indépendamment de la *custodia* ordinaire ou surveillance impliquant les soins d'un bon père de famille et généralement exigée du débiteur (5), la convention impose

1. « *Si tamen expressum non est in locatione, ut damna ad onus conductoris pertinerent* »... Cf. 9 §§ 2-3, *loc. cond.*

2. « *Nisi periculum quoque in se artifex receperit* »... Cf. 36, *cod. tit.* : « *Nisi si aliud actum sit* »...

3. « *Creditor pignora, quæ fortuito casu interierint, præstare non compellitur, nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.* »

4. « *Sed hæc ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus ; nam hoc servabitur, quod initio convenit* »...

5. « *Talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet* »... (35 § 4, *de contrah. empt.*) ; — « *Custodiam autem venditor talem præstare debet, quam præstant hi quibus res commodata est ; ut diligentiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.* » (3, *de peric. et comm. rei vend.* ; — add. 11, *cod. tit.*). — Cf. 5 § 22, *ut in possess. legat*

à celui-ci une *custodia* ou responsabilité extraordinaire, qui met à sa charge les cas fortuits provenant au moins de la fuite et du vol (§ 3, Inst., *de empt. et vendit.*) : cette *custodia* extraordinaire est de droit si l'objet de la dette est un esclave fuyard et vicieux (1), et d'autre part elle ne saurait, par sa seule vertu et sans clause plus expresse, mettre aux risques du débiteur la *rapina* ou vol avec violence (2).

En dehors de cette souveraineté reconnue à la volonté des parties, pas de règle unique et fixe pour interpréter leur silence, mais coexistence et juxtaposition de deux règles opposées que nous étudierons dans leurs applications diverses : *Res perit creditori*, *Res perit debitori*. J'indiquerai successivement les cas où elles s'appliquent séparément d'abord, simultanément ensuite, après avoir fait justice d'une troisième prétendue règle, aujourd'hui abandonnée : *Res perit domino*.

## SECTION I

### *De la règle Res perit domino.*

#### § I. — *Cette règle n'est pas romaine*

A propos des risques dans le contrat de société, nous trouvons formulée par deux jurisconsultes hollandais du

1. « Culpæ autem reus est possessor, qui fugitivum (servum) a se petitum non custodit, si is fugit »... (36 § 1, *de rei vindic.* ; — cf. 21, *eod. tit.*). — Cf. 48 pr., *commod. vel contr.* ; — 23, *de reg. jur.*

2. « Quia custodia adversus vim parum proficit »... (31 pr., *de action. empt.*) ; — «... Rapinæ... a nullo præstantur » (23, *de reg. jur.*),

xvii<sup>e</sup> siècle, Arnoldus Vinnius (1) et Perezius (2), la règle « *Res perit suo domino* », que l'on a voulu généraliser et appliquer à tous les contrats quoiqu'elle ne soit formulée dans aucun texte. Elle signifierait que les risques sont toujours à la charge du propriétaire : *casum sentit dominus*, dit-on aussi quelquefois, pour éviter qu'une traduction trop littérale des mots *res perit domino* n'y fasse voir seulement « l'expression un peu naïve d'une vérité évidente (3) », à savoir que la propriété se perd par la destruction de la chose.

Les Institutes (§ 3, *de empt. et vendit.*) semblent prévoir cette opinion et la réfuter d'avance, quand, après avoir dit : « *Periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit...* », elles ajoutent quelques lignes plus bas : « *Qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est* ». Et ce n'est pas seulement en matière de vente, mais à propos de tous les autres contrats bilatéraux, que nous verrons les textes se refuser à l'établissement d'une corrélation entre l'idée de propriété et la charge des risques.

Ce n'est d'ailleurs pas les textes seuls, qui s'opposent à l'admission de la règle *res perit domino* comme principe général en notre matière, c'est aussi la raison, et

1. *Select. jur. quæst.*, lib. I, cap. 54.

2. *Prælect. in Cod.*, lib. IV, lit. 37, n° 9. Je rectifie ici l'orthographe du nom de cet auteur (de son vrai nom Antonio Perez), qu'une faute d'impression a fait écrire *Perrezius* à la page 145 de l'*Etude* de M. Labbé *sur quelques difficultés...* : les deux *rr* ont été reproduits sans contrôle par tous ceux qui depuis lors ont eu à s'occuper de notre question.

3. Accarias : *Précis de Droit Romain*, Tome II, page 475, note 2.

la bizarrerie des résultats auxquels aboutirait une pareille théorie, par exemple au cas de vente de la chose d'autrui : le vendeur se présente-t-il comme *non dominus*, ce n'est assurément pas donner une solution à la question des risques, que d'indiquer, comme devant les supporter, le vrai propriétaire non partie au contrat ; — le vendeur au contraire se croit-il propriétaire et se présente-t-il comme tel, sa bonne foi mettra en fait les risques à sa charge, ce qui est une violation de la règle *res perit domino* ; — se présente-t-il enfin de mauvaise foi comme propriétaire de la chose vendue, il devra encore, quoique *non dominus*, en supporter les risques, à moins qu'il ne préfère une fois la vente accomplie avouer la vérité à son acheteur : en ce dernier cas, l'opinion de Vinnius le soustrait bien à la charge des risques proprement dits, mais il n'en reste pas moins exposé à se voir réclamer *ex empto* tout l'intérêt que l'acheteur avait à être rendu propriétaire (1).

Comment donc a-t-on été amené à soutenir que « utique *res suo domino perit* » ? Je crois qu'il faut voir là le résultat d'une réaction contre les principes du droit germanique, qui faisait supporter les risques au dépositaire, au commodataire, au gagiste, à tous ceux en général qui se chargeaient de la garde d'une chose. Un rescrit de Dioclétien (9, C., *de pignor. act.*), s'occupant précisément de la perte du gage, semblait favorable à l'adoption, comme principe général, de la règle *res perit domino* :

1. « Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris : etiam, prius quam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam... » (30, § 1, *de action. empt.*).

on s'en servit à propos, pour opposer aux principes germaniques une règle plus équitable. Mais on ne se contentait pas de reconnaître avec Pothier (*Traité de la vente*, n° 307) que « cette maxime reçoit application lorsqu'on oppose le propriétaire à ceux qui ont la garde ou l'usage de la chose », mais que, « lorsqu'on oppose le propriétaire débiteur d'une chose au créancier de cette chose,..... en ce cas la chose périt pour le créancier » : on voulut, comme je l'ai dit, y voir l'expression d'un principe général, applicable aux cas où il s'agit d'acquérir comme à ceux où il s'agit seulement de restituer.

La loi 9, C. de *pignor. act.*, semble *a priori* concluante en ce sens, si l'on fait abstraction des textes qui reflètent une théorie toute contraire : « Le débiteur », dit-elle, « reste propriétaire de la chose qu'il a constituée en gage, et *comme tel* il en supporte évidemment les risques » (« *Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit...* ») ; et la suite du texte semble accentuer encore cette corrélation entre la charge des risques et la propriété de la chose (« *Cum igitur, etc...* »). Mais on s'accorde avec raison aujourd'hui à reconnaître qu'il n'y a là qu'un motif erroné donné à l'appui d'une bonne solution. Par ces expressions qui ont trahi sa pensée, l'empereur aurait voulu, d'après M. Labbé, excepter « le cas où le créancier serait devenu, avant la perte, propriétaire de l'objet du gage par une dation en paiement », et où par conséquent la perte serait pour le créancier. Peut-être et plus vraisemblablement a-t-il simplement commis une inadvertance, et s'est-il laissé tromper par une apparence : dans l'espèce, celui qui est appelé *débiteur* (débiteur quant à l'obligation principale garantie par

une constitution de gage) se trouve avoir à la fois la propriété de l'objet par lui engagé, et une créance en restitution de cet objet ; quoi de plus naturel dès lors qu'une confusion entre ces deux qualités de créancier et de propriétaire, et que l'attribution de cette deuxième qualité exclusivement à un individu qu'on ne pouvait vraiment pas, dans un même texte, traiter successivement de créancier et de débiteur ? D'ailleurs cette loi 9 elle-même ne dit-elle pas, deux lignes plus loin, que « *secundum jus perpetuum, pignus debitori perit* » ? *Debitori*, c'est-à-dire pour celui qui a constitué le gage et est créancier de sa restitution. Supposons un gage constitué selon l'antique manière, par transport de propriété accompagné d'un pacte de fiducie : la perte sera pour le débiteur gagiste, et non pour le propriétaire.

Est-il bien nécessaire après cela de remarquer qu'une disposition écrite pour les cas de gage ne saurait avoir aucune influence sur la solution de la question des risques dans les contrats bilatéraux ? Et faut-il tirer de la loi 9 cette induction profonde, que le contrat principal doit demeurer hors de l'atteinte des accidents survenus au contrat accessoire ?

§ 2. — *Des cas où l'on peut cependant constater l'application de la règle Res perit domino — 1<sup>o</sup> Contrat imparfait.*

La règle *Res perit domino* n'a d'application, en matière de contrats bilatéraux, que dans le cas où ces contrats sont résolus, ou bien lorsqu'une perte totale les empêche de se former. Je dirai d'abord quelques mots de cette deuxième hypothèse : perte totale survenue, pour em-

ployer les expressions des textes (1), avant la perfection du contrat, c'est-à-dire avant sa conclusion ou avant l'accomplissement de la condition suspensive à laquelle ce contrat a pu être subordonné.

A. — La perte totale de la chose avant l'échange des consentements empêche la formation du contrat (2) ; dès lors la règle *Res perit domino* s'impose comme seule applicable, sans discussion possible (2, C., *de peric. et comm. rei vend.*). Nous assimilerons d'ailleurs ici à la perte totale toute perte partielle qui, par interprétation de l'intention des parties, ôterait à l'objet du contrat son caractère et son utilité (3). Quant à la perte partielle à laquelle survivent la substance et l'utilité de la chose, le créancier n'aura point à la supporter non plus ; mais il ne sera pas à son choix, comme en droit français (Code Civil, art. 1601 al. 2), « d'abandonner l'opération, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation » : le fr. 57 pr., *de contrah. empt.*, ne lui laisse que ce second parti (« tunc coarctandus est emptor venditionem adimplere »), le juge fixant d'après expertise (« æstimatione viri boni arbitrato habita ») la portion du prix dont il faudra lui faire remise à raison de la dégradation survenue (« ut quod ex pretio propter

1. Notamment : 8 pr., Dig., XVIII, 6 : — 1, Cod., IV, 48 ; — § 3, Instit., III, 23.

2. « Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est » (15 pr., *de contrah. empt.*).

3. « Arboribus vento dejectis vel absumptis igne, dictum est, emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum (veluti oliveti) fundus comparabatur »... (58, *de contrah. empt.* ; — cf. 44 et 57 pr., *eod. tit.*).

incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus præstatione liberetur »).

B. — Le contrat a eu lieu sous condition suspensive, et la chose périt avant l'arrivée de la condition : ici encore, la perte totale empêche le contrat de se former. La question ne se pose même pas si la condition vient ensuite à défaillir ; mais même au cas où elle s'accomplit, il n'y a aucun argument à tirer de sa rétroactivité, et les textes sont formels : pour que la condition pût faire reporter fictivement la perfection du contrat à une époque antérieure à la perte de la chose, pour qu'elle rétroagît en un mot, il faudrait, comme on l'a fort bien dit, qu'elle pût *agir* tout d'abord, or la perte de la chose précisément l'en empêche. En effet les droits et obligations résultant d'un acte conditionnel ne prennent naissance qu'à l'arrivée de la condition (jusque-là ils n'existent qu'en germe : § 4, Inst., *de verb. oblig.* ; — 213 pr., *de verb. signific.*) : si donc à ce moment l'obligation de l'un des contractants ne peut pas naître faute d'objet, l'obligation de l'autre partie ne pourra pas naître non plus, puisqu'elle manquera de son corrélatif nécessaire. C'est d'ailleurs ce que déclarent formellement les fragments 10 § 4, *de jur. dot.* (1), — 8 pr., *de peric. et comm. rei vend.* (2), — 14 pr., *de novation.*, — etc... Il serait donc oiseux de rechercher quelle autre personne que le propriétaire doit supporter la perte totale ; et je me serais dispensé d'insister sur cette solution, n'était la rencontre prochaine de certaines difficultés à propos

1. « Pendente conditione mors (servi venditi) contingens extinguunt venditionem. »

2. « Si pendente conditione res perierit, perimitur emptio. »

de la perte partielle dans la vente sous condition suspensive.

§ 3. — *Continuation* — 2<sup>o</sup> *Contrat résolu.*

J'ai cité aussi, comme cas d'application de la règle *Res perit domino*, celui où le contrat est résolu. Soit une vente sous condition résolutoire : dès la passation du contrat la vente est parfaite, et les risques sont dès lors, comme nous verrons qu'il arrive dans toute vente parfaite, pour l'acheteur, qui les supportera définitivement si la condition vient à défaillir ; sinon, la résolution remettant les parties dans la situation où elles se trouveraient s'il n'y avait pas eu vente, les risques doivent être mis en principe à la charge de celui qui est censé n'avoir jamais perdu la propriété. Cette opinion ne se recommanderait-elle que de sa conformité avec l'intention probable des parties, il y aurait déjà là un fort préjugé en sa faveur ; étant donnée la subordination presque absolue de la charge des risques à la volonté des contractants ; mais elle s'appuie également sur les principes généraux, et aussi sur un texte de Pomponius relatif au pacte commissoire (2, *de leg. commiss.*). Ce texte, que l'on a voulu arbitrairement et sans preuves restreindre au cas de perte partielle, décide qu'il ne doit appartenir qu'au vendeur et non à l'acheteur de se prévaloir de la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, car autrement il dépendrait de l'acheteur de mettre les risques à la charge du vendeur : cela nous prouve que, au cas de résolution, c'est le vendeur supposé propriétaire qui supporte les risques.

Pour soutenir l'application à notre hypothèse de la règle *res perit creditori*, il faut supposer que, malgré l'accomplissement de la condition résolutoire, le contrat subsiste. C'est en effet ce que l'on a prétendu. Quand l'événement conditionnel se produira, dit-on, comment pourra-t-il résoudre une vente qui, ayant été accomplie, exécutée, a cessé d'exister ? Les effets que cette vente a produits comme vente pure et simple seront nécessairement maintenus, et la perte totale restera à la charge de l'acheteur. A cet argument, qui ne tend à rien moins qu'à dénier tout effet à la condition résolutoire lorsqu'elle survient après l'exécution du contrat, on ajoute : le vendeur sous condition résolutoire n'est-il pas créancier sous condition suspensive, et l'acheteur débiteur, sous condition suspensive également, de la restitution de la chose ? Dès lors ne faut-il pas, par application des principes admis au cas de condition suspensive, mettre la perte totale à la charge de l'acheteur sous condition résolutoire, quitte à mettre les risques de perte partielle à la charge du vendeur (voy. *infra*, sect. II, § 4) ? C'est d'ailleurs en ce sens que se prononcent Mela, Ulpien d'après Julien, et Paul, dans les fragments 2 § 1, et 3, de *in diem addict.*, et 20 § 1, de *præscr. verb.*

Cette argumentation, assurément fort spécieuse, ne saurait tenir devant les considérations suivantes. Tout d'abord supposons le cas où la perte survient avant que la chose ait été livrée et le prix payé : si la condition résolutoire vient ensuite à s'accomplir, forcerons-nous néanmoins l'acheteur à payer son prix ? Ni l'interprétation de la volonté des parties, ni les motifs allégués par nos adversaires à l'appui de leur théorie, ne sauraient

justifier cette solution : de quelle restitution en effet pourrait être considéré comme débiteur sous condition suspensive, l'acheteur à qui la chose n'a jamais été livrée ? Du reste est-il bien exact, même au cas d'exécution du contrat avant l'arrivée de la condition résolutoire, de considérer le vendeur comme créancier sous condition suspensive, pour le soustraire aux risques de perte totale ? Ce n'est pas à sa qualité de créancier, que dans notre théorie l'acheteur sous condition suspensive doit de ne pas supporter ces risques, c'est à ce fait que la perte arrivant avant l'avènement de la condition a empêché le contrat de se former, et que, en l'absence de contrat, la perte ne peut pas être pour le créancier, puisqu'il n'y a pas de créancier (1). — De plus, de ce que la perte totale de la chose empêche la condition suspensive de s'accomplir utilement, il n'y a aucun argument à tirer pour le cas de condition résolutoire : pourquoi l'effet de cette condition ne se produirait-il pas malgré la perte de la chose vendue ? Comme le dit fort bien M. Bufnoir (*Théorie de la condition*, p. 455), « s'il faut un objet pour que la vente puisse se former, il n'est nullement nécessaire que cet objet existe encore pour que les parties soient remises, par l'effet de la condition résolutoire, dans la situation où elles seraient si elles n'avaient pas contracté ».

Restent les trois textes invoqués par l'opinion contraire, qui, au cas d'*in diem addictio* et de *pactum displicentiæ*, mettent expressément la perte totale à la charge de l'a-

1. Cf. Doneau : *Comment. in Cod.*, liv. IV, tit. 48, ad leg. I, n° 19.

cheteur. On peut, je crois, les écarter du débat (1) en remarquant que leurs auteurs s'y sont préoccupés, selon l'habitude déjà signalée des jurisconsultes romains, beaucoup moins d'examiner la question au point de vue purement théorique, que de donner une solution conforme aux faits de la pratique. Jamais en fait personne n'offrira d'acheter à de meilleures conditions une chose totalement périe, vendue à un tiers avec *addictio in diem* (2); et d'autre part l'acheteur *ad comprobationem* d'une chose qui vient à périr *intra dies experimenti*, ne peut plus alléguer que cette chose n'est pas propre à remplir le but dans lequel il l'a achetée : dans l'intention des parties, le dédit doit être motivé uniquement par l'appréciation des mérites de l'objet vendu, or il n'en peut plus être question après sa perte, et rendre le dédit encore possible néanmoins serait aller ouvertement contre la volonté des contractants.

Tout ce que je veux retenir des dispositions de ces trois textes, c'est que la perte totale *peut mettre en certains cas* obstacle à l'accomplissement de la condition résolutoire, et qu'en ces cas, la vente ayant été pure et simple dès son origine et restant telle, les risques sont à la charge

1. Peut-être aussi faut-il leur opposer le fr. 4 § 1, *de peric. et comm. rei vend.*, qui suppose du vin vendu *per aversionem* sous un *pactum displicentiæ* : nous verrons (p. 23, note 1) que la vente *per aversionem*, ou vente de choses fongibles en bloc, pour un prix unique et déterminé, était assimilée par les Romains à la vente d'un corps certain et soumise aux mêmes règles ; or on lit dans ce fr. 4 § 1 : « Si aversione vinum venit, ... quandoque degustare emptor poterit, et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit. »

2. « Post interitum rei jam nec adferri potest melior conditio » (3, *de in diem addict.*).

de l'acheteur, comme nous le verrons bientôt. Mais il serait facile de donner des exemples où l'avènement de la condition résolutoire sera possible, même après la perte de la chose due; et dans ces hypothèses, la résolution de la vente remettant les parties dans la situation où elles se trouveraient s'il n'y avait jamais eu de contrat, *res perit domino*.

## SECTION II

### *De la règle Res perit creditori.*

§ 1. — *De la vente pure et simple. — Les textes imposent ici l'application de cette règle.*

La plupart des auteurs modernes, répudiant la doctrine de Vinnius, ont cru trouver dans la maxime *Res perit creditori* le principe général qui devait, d'après eux, dominer à Rome toute la théorie des risques. Le premier contrat, et le plus important, auquel cette règle soit applicable, est la vente pure et simple (1) : les autres contrats bilatéraux sont plus ou moins rebelles à cette application; mais ici des textes formels l'imposent, et devraient écarter toute controverse. C'est d'abord le passage déjà cité des *Institutes* (§ 3, *de empt. et vendit.*), texte d'une limpidité absolue, et qui répète jusqu'à quatre fois cette solution

1. On dit généralement : « la vente parfaite, *emptio perfecta* », c'est-à-dire (voyez sect. I, § 2) la vente considérée au moment où les parties sont convenues de la chose et du prix, sans subordonner la conclusion du contrat à la rédaction d'un écrit (pr., *Inst., de empt. et vendit.*; — 17, C., *de fid. instrum.*) ou à l'accomplissement d'une condition suspensive.

sous quatre formes différentes; — c'est Paul aux fragments 7 pr. et 8 pr., *de peric. et comm.*, et 11 pr., *de eviction.*, — Ulpien au fr. 1 pr., *de peric. et comm.* (add. 13 § 2, *de action. empt.*), — Africain au fr. 39, *de solution.*, — Julien au fr. 5 § 2, *de rescind. vendit.*, — c'est enfin les empereurs : Alexandre dans la loi 1, C., *de peric. et comm.*, — Gordien dans la loi 4, *eod. tit.*, — Dioclétien dans les lois 5 (cf. *Fragm. Vatic.*, 23) et 6, *eod. tit.* (1).

A ces autorités imposantes au moins par leur nombre, Cujas (2) et après lui M. Demangeat (3) ont opposé le fr. 33, *loc. cond.*, d'Africain, d'où ils prétendent induire que le vendeur subissait les cas fortuits au moins jusqu'à la tradition : le jurisconsulte en effet y met à la charge du vendeur la confiscation du fonds vendu, arrivée avant cette époque (4).

Les textes ci-dessus cités, et parmi lesquels s'en trouve

1. On pourrait encore ajouter quelques textes qui ont trait à la vente *per aversionem* : cette vente, comme je l'ai déjà noté (*supra*, p. 21, note 1), suit les mêmes règles que la vente d'un corps certain, et cela alors même que la mesure, le poids ou le nombre des choses vendues *per aversionem* a été indiqué au contrat, pourvu toutefois que le montant du prix ne soit pas subordonné à une vérification ultérieure de ce nombre, de ce poids ou de cette mesure ; « nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcumque esset, uno pretio venierit, idem juris est, quod in ceteris rebus » (35 § 5, *de contrah. empt.*). « Res in aversione empta », dit Modestin (62 § 2, *eod. tit.*), « ad periculum emptoris pertinebit » ; add. 1 § 1, 4 § 1, et 15, *de peric. et comm.* ; et loi 2, C., *hoc tit.* — Cf. Brunnemann : *Comment. ad Pand.*, lib. XVIII, tit. VI, ad leg. fin., numéros 17 et suivants.

2. *Ad African. tract.* VIII, ad leg. Si fundus 33 Loc.

3. *Cours élémentaire de Droit Romain*, t. II, p. 351.

4. « Si vendideris mihi fundum, ipse prius, quam vacuus tradetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto... »

un d'Africain lui-même (1), s'opposent à ce qu'on voie là l'expression d'une théorie générale ; et Cujas notamment, qui n'a d'ailleurs pas toujours professé la même opinion à ce sujet, n'arrivait à généraliser la décision du fr. 33 qu'en sous-entendant arbitrairement et pour le besoin de sa cause, dans les textes contraires, une tradition accomplie. Aussi s'est-on presque exclusivement borné depuis à tenter de concilier la décision d'Africain avec notre théorie, et pour cela on n'en a pas proposé moins de huit explications différentes, divinatoires pour la plupart, et toutes également inacceptables : je n'en retiendrai que ceci, qu'il est très difficile, je dirai même avec M. Labbé absolument impossible, de donner une explication satisfaisante de cette décision isolée, formulée incidemment à une question de louage. Ce texte me paraît en somme rapporter une opinion de circonstance, abandonnée ailleurs par son auteur, et émise ici à propos d'une espèce particulière que l'on n'a pas encore su exactement reconstruire dans ses divers éléments.

Opinion isolée, ai-je dit ; toutefois on a voulu retrouver dans deux textes de Paul (12 et 14 *de peric. et comm. rei vend.*) l'expression de cette même doctrine, d'après laquelle les risques seraient, jusqu'à la tradition, pour le vendeur. Sans revenir sur l'argument tiré de la généralité des nombreux textes en sens contraire, dont quelques-uns sont signés de Paul lui-même, remarquons seulement qu'on s'accorde aujourd'hui à voir dans ces deux fragments, comme dans celui d'Africain des solutions intervenues dans des hypothèses particulières.

1. Texte tiré du même ouvrage de ce jurisconsulte : lib VIII, *Questionum*.

res; mais on a pu préciser ici davantage: on admet qu'il ne s'y agit plus d'un simple cas fortuit, mais d'une faute du vendeur, faute dont il doit être rendu responsable: l'intercalation maladroite d'un fragment de Julien (13, *cod. tit.*) qui prévoit une hypothèse différente, a pu seule faire douter de l'exactitude de cette solution.

Je crois donc pouvoir écarter cette opinion dissidente et les textes sur lesquels elle s'appuie, et admettre l'application générale de la règle *Res perit creditori* aux cas de vente pure et simple: il me reste à la justifier au point de vue des principes.

Cette règle s'analyse en deux propositions, qui feront l'objet de deux paragraphes: 1° le vendeur ne doit la chose que dans l'état où elle se trouve sans sa faute lors de l'exécution du contrat; 2° l'acheteur doit en tous cas son prix intégral.

§ 2. — *Continuation. — De l'obligation du vendeur.*

« Que le vendeur soit quitte de son obligation lorsque la chose vendue est périée sans sa faute, c'est une conséquence d'un autre principe, que toute obligation d'un corps certain s'éteint lorsque la chose cesse d'exister »: ainsi s'exprime Pothier, au n° 307 de son *Traité du contrat de vente*; et depuis longtemps cette idée a été formulée en un brocard célèbre: *Debitor speciei certæ, ejus interitu liberatur* (cf. 23, *de verbor. oblig.*). *Speciei certæ*, car, comme nous l'avons vu, il est admis que *genera non pereunt*. Le vendeur d'un corps certain est donc libéré de son obligation de livrer, quand la prestation est devenue fortuitement impossible, et impossible absolument. « Im-

possibilium nulla obligatio est », dit Celse au fr. 185, *de reg. jur.* à l'impossible nul n'est tenu. Même solution, mêmes motifs de décider, au cas de simples détériorations ou pertes partielles : le vendeur ne doit la chose que dans l'état où elle se trouve, il n'en doit que ce qui en subsiste.

Cette première partie de la théorie des risques dans la vente romaine pure et simple, se présente à nous comme très raisonnable et équitable, conforme à l'intention des contractants : on ne peut forcer un homme à accomplir une prestation impossible en soi, et la seule concession acceptable consisterait à faire remise à l'acheteur d'une part correspondante du prix ; mais ce serait mettre les risques à la charge du débiteur, et les Romains, à tort ou à raison, comme nous le verrons tout-à-l'heure, s'y sont refusés.

Titius nous a vendu un esclave, et l'esclave s'enfuit (1), ou bien c'était l'esclave d'autrui et son propriétaire l'affranchit : Titius sera libéré. Mais le fugitif revient de gré ou de force, l'affranchi retombe en servitude, l'impossibilité d'exécution disparaît : Titius sera-t-il obligé à nouveau ? sa dette était-elle éteinte ou simplement paralysée ? Il y avait désaccord entre Celse et Paul sur ce point : Celse (79 §§ 2-3, *de leg. III*<sup>o</sup>) admettant qu'en tous cas, lorsque cesse l'impossibilité d'exécution, l'obligation du débiteur se réveille ; Paul au contraire faisant des distinctions (98 § 8, *de solution.*). M. Labbé (*op. cit.*, § 68)

1. Il faut supposer qu'il s'agit d'un esclave « integræ opinionis, qui non debuerit custodiri » comme s'exprime Paul au fr. 21, *de rei vindic.*, c'est-à-dire d'un esclave qui n'a pas l'habitude de fuir (voy. textes cités *supra*, p. 9, note 1).

repousse avec raison la conciliation proposée entre ces deux textes : Paul en effet prend nettement Celse à partie ( « Nec. admissum est, quod Celsus ait... » ), indiquant ainsi leur divergence d'opinions ; et de plus, l'argument tiré de ce fait, que les deux jurisconsultes auraient visé des hypothèses différentes, se heurte à un autre fragment de Paul (27 § 1, *de adim. vel transfer. leg.*). Voici les solutions proposées par ce dernier auteur : il applique la doctrine de son devancier aux cas où, l'impossibilité cessant, l'objet de l'obligation se retrouve identiquement le même (exemple : un esclave, pris par l'ennemi, revient postliminio; — cf. 5 § 2 in fine, *de condict. caus. dat*) ; il considère au contraire la dette comme définitivement éteinte, si l'impossibilité ne cesse que « par la création d'une chose non identique à celle qui préexistait », par exemple si l'esclave affranchi retombe en servitude, car il devient ainsi un nouvel esclave non identique juridiquement à celui qu'il était auparavant (1) ; Paul refuse enfin de voir aucune impossibilité d'exécution, pour celui qui a promis un terrain, dans le fait qu'une construction a été élevée sur ce terrain : « peti potest area, et aestimatio ejus solvi debebit, ... non enim desiit in rerum natura esse (2) ». — De ces deux opinions, laquelle fut définitivement admise ? L'insertion de toutes deux au Digeste prouve-t-elle que la question au VI<sup>e</sup> siècle était encore controversée ? Ou bien ne faut-il y voir, l'opinion plus récente de Paul ayant dû être consacrée par la pra-

1. « Capitis minutio est status permutatio » (1, *de cap. min.*).

2. Cf. 79 § 2, *de leg. III*° : « Area legata, si inædificata medio tempore fuerat, ac rursus area sit, quanquam *tunc peti non poterat*, nunc tamen debetur. »

tique, qu'une inadvertance de plus à l'actif déjà si chargé des commissaires de Justinien ? Cette dernière explication me paraît la plus vraisemblable.

§ 3. — *Continuation. — De l'obligation de l'acheteur.*

Le vendeur est donc libéré pour le tout ou pour partie par la perte totale ou partielle de la chose ; mais ces événements n'ont aucune influence sur l'obligation de l'acheteur de payer intégralement le prix promis : c'est cette seconde partie de la proposition qu'il me reste à justifier. Elle se justifie mal, à vrai dire, et presque aussi difficilement en droit qu'en équité : elle est loin toutefois d'être inexplicable, et l'on en donne depuis Pothier les raisons suivantes. La vente parfaite a donné naissance à deux ordres d'obligations : celles du vendeur qui principalement doit livrer la chose, celles de l'acheteur qui principalement doit payer le prix. Ces obligations se sont servi de cause mutuellement, chaque contractant s'obligeant pour que et parce que son cocontractant s'oblige ; mais une fois nées elle se suffisent à elles-mêmes, et l'extinction de l'une n'entraînera pas la mort de l'autre. L'acheteur devenu créancier de la chose doit se déclarer satisfait, et si cette chose périt il n'aura pas à se plaindre : il pourra seulement, en cas de faute du vendeur, réclamer des dommages-intérêts ; mais il restera en tous cas débiteur de son prix intégral. Remarquons d'ailleurs que sa dette, étant une dette de genre, n'est pas susceptible de s'éteindre par perte de son objet.

Quel compte tient-on dans tout cela de l'intention des parties, que j'indiquais précédemment comme le grand

régulateur de la théorie des risques en droit Romain ? Si l'acheteur consent à verser au vendeur une somme d'argent, est-ce dans le seul but d'obtenir en retour une créance qu'un cas fortuit pourra rendre irréalisable en tout ou en partie ? Est-il bien conforme, en un mot, à son intention probable, de regarder l'acquisition de cette créance comme une cause suffisante de l'obligation par lui contractée ? Il semble que cette cause aurait dû être cherchée un peu plus loin, dans un résultat un peu moins immédiat, et qu'on aurait dû s'attacher au but plutôt qu'au moyen, à la cause impulsive (acquisition de la chose due) plutôt qu'à la cause simplement efficiente (acquisition de la créance de cette chose). L'obligation de l'acheteur devrait s'éteindre, quand la cause impulsive (qui peut être future et incertaine) s'évanouit.

On a cependant voulu prouver que la règle *Res perit creditori* était en tous points d'accord avec l'équité ; et pour cela on est allé répétant, avec M. Colmet de Santerre (1), que cette règle « paraît fondée dans le droit romain sur la corrélation qui doit naturellement exister entre les bonnes et les mauvaises chances : comme le créancier profite des événements qui peuvent augmenter la valeur de la chose due, il a paru raisonnable qu'il souffrit des événements malheureux qui diminuent cette valeur ». D'autres ont fait depuis longtemps remarquer qu'il ne faut pas parler d'une corrélation rigoureuse entre les chances bonnes ou mauvaises : quel événement est susceptible d'équilibrer une perte totale, par augmentation jusqu'au double dans la substance de la chose ? Et

1. *Cours analytique de Code Napoléon*, tome V, p. 85, n° 58 bis III.

si les augmentations de valeur peuvent compenser les *détériorations*, combien moins fréquentes et souvent impossibles seront les augmentations en quantité ou en étendue, en regard des nombreuses pertes partielles !

Sur quoi s'appuie-t-on, d'ailleurs, pour affirmer que les Romains ont vu dans la charge des risques une règle corrélatrice au bénéfice des améliorations ? Ce n'est assurément pas sur la décision, spéciale à la vente sous condition suspensive, qui exempte l'acheteur des risques de perte totale, tout en le laissant profiter de tous les accroissements fortuits, quelques considérables qu'ils soient, reçus par la chose *pendente conditione*. Mais on invoque deux phrases : une de Paul au fr. 7 pr., *de peric. et comm. rei vend.*, et une autre presque identique aux Institutes (§ 3, *de empt. et vendit.*). Or voici ce que disent ces textes : ils commencent par poser la règle *Res perit creditori* ; puis : il serait équitable, ajoutent-ils, d'accorder une petite compensation à ce malheureux qui est exposé à payer, pour une chose diminuée de valeur, le prix intégral convenu ; on lui donnera donc en retour une chance telle quelle, en le faisant bénéficier des améliorations possibles : « nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est » (§ 3, Inst., *de empt. et vendit.*), — « periculum est emptoris, sic igitur et commodum ejus esse debet » (7 pr., *de peric. et comm.*). Mais rien ne nous dit que, si l'on avait mis les risques à la charge du vendeur, on ne l'aurait pas fait également profiter du commodum : nam et commodum ejus esse debet... On aurait pu lui reconnaître la propriété de l'alluvion, par exemple, ou bien exiger de l'acheteur une augmentation proportionnelle du prix. La règle, que les bonnes chan-

ces sont pour l'acheteur, ne nous est donc pas présentée comme la raison pour laquelle il supporte les mauvaises : l'inverse serait même plus exact.

On a prétendu aussi que le vendeur, lié par le contrat et tenu de livrer à l'acheteur, se trouvait dans une situation inférieure par rapport à celui-ci : il ne peut plus, sans s'exposer à une demande de dommages-intérêts, disposer de sa chose, il ne peut plus profiter des bonnes occasions qui pourraient se présenter de s'en défaire ; en somme, si l'acheteur n'est pas encore propriétaire en droit, le vendeur ne l'est plus complètement en fait. Pourrait-on sans injustice laisser ce vendeur ainsi exposé aux risques sans compensation et sans moyen de les éviter, et n'est-il pas plus équitable de lui en éviter la charge ? — Je réponds que c'est seulement plus charitable, aux dépens de l'acheteur ; et que je consens à m'apitoyer sur le sort que j'aurais voulu voir faire au vendeur Romain, mais à une condition : c'est que l'on reconnaîtra qu'il était encore plus dur pour l'acheteur, simple créancier, de supporter tout le poids d'un état de choses dont il ne tirait aucun profit. Il n'a pas l'objet vendu entre les mains, il ne peut pas veiller à sa conservation, ni en jouir jusqu'au jour où il sera en droit d'en exiger la tradition ; et si théoriquement il peut se soustraire aux risques en se substituant un nouvel acheteur (qui n'y échappera à son tour qu'en se substituant un tiers, et ainsi de suite), cela ne lui sera pas toujours facile en pratique, car il n'est pas propriétaire et ne peut céder que son droit de créance tel quel contre son vendeur. De tout cela résulte, que la principale cause d'inégalité entre les deux situations réside précisément dans la charge des

risques ; et il me paraît évident que la justice et l'intention des parties s'accordent pour critiquer la solution romaine.

On a pourtant encore allégué, comme argument d'équité en faveur de cette solution, une prétendue faute de l'acheteur qui aurait dû exiger de suite l'exécution du contrat : le vendeur ainsi constitué en demeure aurait supporté les risques, et c'est de la faute de l'acheteur s'il n'en est pas ainsi. Mais *quid* au cas de vente à terme ? Les risques y sont pourtant bien à la charge de l'acheteur (8 § 1, *de peric. et comm. rei vend.*). — On a dit aussi qu'il était raisonnable qu'un simple retard dans l'exécution n'écartât point un résultat qui aurait été acquis au cas de transfert immédiat de la propriété. Mais ce transfert n'a précisément pas eu lieu, et être créancier ou être propriétaire font deux.

En somme, la soumission du créancier aux risques s'explique mieux qu'elle ne se justifie ; elle aboutit même à des conséquences que l'on a qualifiées de monstrueuses. Titius, par exemple, vous a vendu de bonne foi la chose d'autrui ; avant qu'il ait rien déboursé pour la faire sienne, et avant que vous l'ayez mis en demeure de vous la livrer, cette chose périt fortuitement ; par hypothèse d'ailleurs, ce cas fortuit ne consiste point dans le fait délictueux d'un tiers, de sorte que (1) vous ne pouvez rien opposer en compensation à Titius : nous verrons alors

1. « Si res vendita per furtum perierit..., videbimus in personam ejus, qui alienam rem vendiderit : cum is nullam vindicationem aut conditionem habere possit, ob id ipsum damnandus est : quia si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre » (35 § 1, *de contrah. empt.*).

celui-ci toucher le prix sans rien remettre en échange, sans avoir eu à faire aucun sacrifice correspondant. On peut encore imaginer que Titius ait vendu de bonne foi une chose déjà vendue mais non livrée par un tiers dont il est l'héritier ; la chose périt fortuitement : Titius touchera un double prix, les deux acheteurs supportant chacun intégralement les risques.

§ 4. — *De la perte partielle dans la vente sous condition suspensive.*

Nous avons vu que la règle *Res perit creditori* ne s'applique pas, dans la vente sous condition suspensive, au cas de perte totale survenue *pendente conditione* : un contrat, en effet, ne peut se former quand avant sa naissance son objet a déjà péri, or le contrat conditionnel ne prend naissance qu'à l'avènement de la condition. Les jurisconsultes romains auraient dû, en notre matière, pousser jusqu'au bout l'assimilation entre la formation du contrat par sa conclusion pure et simple, et cette même formation par l'arrivée de l'événement conditionnel, ce qui les aurait conduits à mettre dans les deux cas les risques à la charge du vendeur ; dans les deux cas aussi, ils auraient dû attribuer la même influence à la perte totale et à telle détérioration ou perte partielle qui enlève à la chose sa substance et son utilité (57 pr., et 58, *de contrah. empt.* : *supra*, sect. I, § 2, 1°) : ils ne l'ont pas fait, et on le leur a assez vivement reproché pour que je croie inutile d'insister sur cette double erreur de leur part. C'est dans la dernière phrase du fr. 8 pr., *de peric. et comm.*, que Paul énonce cette règle : *toutes détériora-*

*tions* survenues *pendente conditione* sont à la charge de l'acheteur, si la condition s'accomplit. Donc, en quelque état que subsiste la chose (« si exstet res, licet deterior effecta »), la vente y trouvera un objet suffisant pour se constituer, et la condition rétroagira.

On a essayé de mettre Paul en désaccord avec lui-même, en rapprochant de ce fr. 8 pr., le fr. 5, *eod. tit.* : le jurisconsulte y met tous les risques (« omne periculum ») à la charge du vendeur au cas d'une vente à tant la mesure ; or Sabinus et Cassius, et Gaius après eux (35 §§ 5-7, *de contrah. empt.*), donnant la même solution, la motivent sur ce qu'une telle vente est conditionnelle (1). Les risques de détérioration ou perte partielle sont donc à la charge du vendeur dans certaines ventes conditionnelles, les ventes à tant la mesure, et non dans les autres : comment justifier cette différence ? C'est que l'opération du mesurage n'a pas le même effet que l'arrivée d'une condition ordinaire : elle ne sert pas seulement à rendre parfaite une vente dont les éléments étaient certains et déterminés dès la passation du contrat, mais elle a précisément pour but et pour effet de déterminer ces éléments ; et l'incertitude où l'on est jusque-là sur la grandeur ou le nombre, c'est-à-dire sur une qualité substantielle de l'objet, empêchent qu'on puisse mettre rétroactivement aucun risque à la charge de l'acheteur. Spécialement quant à la perte partielle, ce serait étendre la fiction de rétroactivité au-delà des limites du vraisemblable, que de considérer comme mesurées les portions

1. Voy. aussi la première phrase de la loi 2, C., *de peric. et comm. rei vend.* ; — cf. une décision de Julien, rapportée par Ulpien d'après Scævola, au fr. 10 § 1, *de peric. et comm. rei vend.*

péries avant toute mensuration. Nous retombons donc, comme dans tous les cas où il n'y a pas de contrat, dans l'application de la maxime *Res perit domino* ; mais toutes les fois que les Romains admettront dans la vente la rétroactivité de la condition suspensive, ils appliqueront corrélativement la règle *Res perit creditori*.

### § 5. — Du pacte d'échange.

On a pu dire avec assez de vérité, sous une forme un peu paradoxale, que l'échange et les autres contrats innommés étaient des contrats unilatéraux. En effet, ils résultent d'une prestation accomplie en vue d'obtenir une prestation réciproque, et le lien obligatoire n'existe que pour la partie qui a exécuté. Ce qui est vraiment bilatéral, c'est la convention, le pacte nu, qui précède ces contrats ; et la question des risques se pose d'abord à propos de ce pacte : la prestation de l'un des copactisants étant devenue impossible par la perte de sa chose, l'autre partie pourra-t-elle répéter l'objet qu'elle lui a livré dans l'ignorance de cette perte ? Oui, dit M. Labbé (*op. cit.*, § 121), qui admet cependant la production d'obligations naturelles par les simples pactes, et reconnaît que dans l'espèce l'obligation naturelle du second copactisant aurait dû faire obstacle à la répétition de la chose par lui prestée : il y aurait là entre le contrat de vente et la convention d'échange une différence qui ne s'expliquerait que par une appréciation plus exacte de l'intention des parties, les Romains s'étant plutôt attachés aux principes du droit dans le premier cas, à l'équité dans le second.

La différence ainsi présentée n'est peut-être pas d'une exactitude absolue. Tout d'abord, aucun texte n'indique la naissance d'obligations naturelles comme un principe général et un effet nécessaire des simples pactes, sauf de la convention d'intérêts (1) pour laquelle il y avait des motifs particuliers de décider ainsi. Mais en dehors de la convention d'intérêts on ne peut guère citer, comme pactes susceptibles d'engendrer des obligations naturelles, que le pacte de donation et les pactes bilatéraux ; or, il ne semble pas que les Romains aient été si favorables à la donation qu'ils aient dû reconnaître au *pactum donationis* le pouvoir de produire en tous cas et nécessairement une obligation naturelle ; et, quant aux pactes bilatéraux, la doctrine la plus sûre est celle qui ne leur reconnaît cet effet que lorsque telle a été la volonté des parties. Dès lors il faut, je crois, se rangeant à l'opinion professée par M. Gérardin (2), adopter la distinction suivante : ou bien les copactisants n'ont pas voulu contracter d'obligation naturelle, et en ce cas celui qui livre sa chose lorsque l'objet dû en contre-échange a déjà péri, a évidemment le droit de répéter ; ou bien les parties ont entendu s'obliger naturellement, et alors l'obligation naturelle fait obstacle à la répétition. Les textes que M. Labbé cite à l'appui de sa solution (3) n'impliquent nullement que la répétition soit possible malgré l'existence d'une obligation naturelle.

1. 11 § 3, *de pign. act.* ; — 5 § 2, *de solution.* ; — 3, 4, et 22, C., *de usur.*

2. Cf. Accarias : *Théorie des contrats innommés*, 10<sup>e</sup> confér., p. 186.

3. 16, *de cond. caus. dat.*, — 5 § 1, *de præscr. verb.*

§ 6. — *Du contrat d'échange*

Donc la question des risques se pose en matière de pacte d'échange, et se résoud par la règle *res perit creditori*, lorsque les copactisants se sont obligés naturellement l'un envers l'autre. Se pose-t-elle également, et dans quels termes, en matière de contrat d'échange ?

Ce contrat, je l'ai dit, est unilatéral, en ce sens que c'est un acte d'exécution de la part de l'une des parties qui rend l'autre obligée et, semble-t-il *a priori*, seule obligée. Mais, objecte M. Accarias (1), « si je vous vends ma chose que déjà vous détenez à titre d'usufruitier ou de fermier, dira-t-on que la vente cesse d'être bilatérale, parce que mon obligation est en quelque sorte accomplie avant de naître » ? — Non certes, car l'exécution de la vente par l'une des parties est indifférente pour la formation de ce contrat : le seul consentement l'a fait naître et il est né bilatéral, mais il s'est en même temps trouvé, dès sa naissance, exécuté pour partie, ce qui constitue pour lui un simple accident ; au lieu que dans l'échange on ne pourrait imaginer indépendantes la formation du contrat et l'exécution par le premier coéchangiste : il n'y a pas seulement ici une simultanéité accidentelle, mais un rapport nécessaire de cause à effet, à effet immédiat. En somme, lorsque le premier coéchangiste livre sa chose, ce n'est pas le contrat d'échange, mais le pacte préalable, qu'il exécute.

1. *Précis de droit Romain*, tome II (3<sup>e</sup> édit.). p. 572, note 1 ; — cf. *Théorie des contrats innommés*, 2<sup>e</sup> confér., p. 27.

Il ne faut toutefois pas exagérer cette idée, que le contrat d'échange est unilatéral. L'analogie qu'il présente avec la vente (1), et qui l'avait même fait assimiler à ce dernier contrat par l'école Sabinienne, conduisit les Romains à accorder l'action rédhibitoire à l'un et à l'autre coéchangistes (2), à les soumettre à l'obligation de garantie (3), et à appliquer les mêmes principes aux risques dans les deux contrats. Cette dernière solution résulte formellement d'un fragment de Paul (4) et d'un rescrit de Dioclétien (5) : d'après eux, celui qui en livrant sa chose est devenu créancier de l'autre partie, a atteint son but et ne saurait se plaindre de ce qu'une impossibilité fortuite l'empêche pour tout ou partie d'obtenir la chose à lui due en contre-échange. C'est cette même idée que nous avons rencontrée et critiquée au cas de vente.

Le rescrit de Dioclétien que je viens d'invoquer, après tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière, en faveur de la décision de Paul, suppose une dation d'argent *ut rem des*, hypothèse que ce dernier jurisconsulte qualifie de

1. « *Permutatio vicina est emptionis* », dit Paul après Ariston (2, *de rer. permut.*) ; — « *Is qui rem permutatam accepit*, » dit Ulpien (15, *quib. ex caus. in possess.*), « *emptori similis est* » ; — add. loi 2, C., *de rer. permut.* : « *Permutationem... vicem emptionis obtinere, non est juris incogniti.* »

2. 19 § 5, *de ædil. edict.* : « *Si quis permutaverit, dicendum est, utrumque emptoris et venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc edicto experiri.* »

3. 16, *de condict. caus. dat.* (2<sup>e</sup> phrase) ; — 29, C., *de eviction.* ; — etc.

4. 5 § 1, *de præscr. verb.* : « *Si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit.* »

5. 10, C., *de condict. ob. caus. dator.* : « *Pecuniam a te datam ; si hæc causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse ceram est.* »

vente dans son même fr. 5, § 1 (1) : comment donc d'un cas de vente tirer argument en faveur du contrat d'échange ? — Il est vrai qu'on peut voir une vente dans le contrat *do pecuniam ut rem des* ; car l'acheteur ne fait qu'exécuter son obligation en transférant la propriété des écus, et il suffit de supposer un pacte adjoint *in continenti* pour admettre que le vendeur a pu s'obliger à transférer la propriété de la chose, et non pas seulement la *vacua possessio* avec garantie d'éviction. Mais il est non moins vrai que le rescrit, par sa place au titre *de condictione ob causam datorum*, et par les expressions qu'il emploie (« si hæc causa, pro qua data est, non est secuta »), se réfère à une hypothèse de *datio ob causam*, ou mieux de *datio ob rem*, c'est-à-dire d'échange. En tous cas, s'il ne confirme pas la solution donnée dans l'avant-dernière phrase du fr. 5, § 1 (p. 38, note 4), il ne l'infirme pas non plus : cette solution est claire et formelle, elle peut se suffire à elle-même.

§ 7. — *Du contrat d'échange* (suite).

Le fragment 16 de Celse, au titre *de condict. caus. dat.* (2), ne vient-il pas, lui, contredire Paul sur ce point ? Ce n'est pas la première fois qu'il nous serait donné de

1. « Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est. »

2. « Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares : utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est ? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati, re non secuta ? in quod proclivior sum : et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. »

constater un désaccord entre ces deux auteurs (voy. *supra*, sect. II, § 2) : ici encore on a tenté de concilier les deux textes. Pour Celse, qui écrit au premier siècle, la *datio ob rem* n'est point génératrice d'un contrat (1), et il n'accorde au coéchangiste que la répétition de sa chose par une *condictio ob rem dati*, quelle que soit la cause pour laquelle l'*accipiens* n'exécute pas la prestation convenue en retour ; dès lors, si Titius vous a transféré quelque chose pour que vous lui donniez un esclave, la mort de cet esclave ouvrira à Titius l'action en répétition de sa chose : c'est ce que décide fort logiquement le fr. 16, *de cond. caus. dat.* De même en sens inverse, la perte fortuite de la chose prestée par Titius vous libérerait entièrement, car il ne peut plus vous la réclamer, et d'autre part il n'a aucune action pour obtenir que vous lui livriez votre esclave.

Il est vrai que l'hypothèse prévue par ce fr. 16 est celle que Paul considère, au fr. 5 § 1, *de præscr. verb.*, comme une vente ; mais Celse refuse expressément de voir là une vente, il appelle cela un échange, au même titre que le *negotium do rem ut rem des*, exclusivement qualifié échange par Paul : or ce qu'il nous faut comparer, ce n'est pas les solutions données par nos deux jurisconsultes pour des espèces identiques dans leurs termes et différentes dans leur qualification, c'est les solutions par eux données pour des espèces qui, quoique diverses dans leurs termes, rentrent à leurs yeux dans une même catégorie et constituent un même *negotium juris*. Nous avons

1. Voy. 7 § 2, *de pact.* : « Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa : eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem... »

fait cette comparaison, nous avons vu pourquoi Celse ne met pas à la charge du premier coéchangiste les risques de la chose qu'il est convenu de recevoir en contre-échange; nous avons vu pourquoi Paul met ces risques à sa charge : il y a là une simple question de date. Paul écrit à une époque où la *datio ob rem* confère au *dans* une action pour obtenir la *res* à lui promise : il y a contrat, cette *res* lui est due, et elle est à ses risques, par analogie, comme nous l'avons vu, à ce qui se passe dans la vente. C'est encore une maladresse, une inadvertance des compilateurs, qui a fait insérer au Digeste ces deux textes contradictoires.

Faut-il dire un mot des tentatives que l'on a faites néanmoins pour les mettre d'accord, et des explications que l'on a proposées dans ce but? D'après les uns, nos deux jurisconsultes refusent au premier coéchangiste l'action *præscriptis verbis*, mais tous deux, même Paul, lui accordent la *condictio* : à cela il suffit d'objecter que rien dans le fr. 5 §1, *de præscr verb.*, n'autorise cette interprétation, que de plus sa dernière phrase est conçue en termes généraux (1), et qu'enfin il a soin de dire que le débiteur est comptable de sa faute seulement (2). — D'autres ont cru deviner que Celse avait, sans les en avertir, visé le cas où l'objet de la deuxième prestation a déjà péri lorsque la première prestation a lieu : de même qu'une vente est nulle lorsque l'objet a péri lors du concours des volontés, de même ici le contrat d'échange ne se serait pas formé, et le premier coéchangiste aurait l'action en répétition. Seul Paul statuerait sur le cas de perte posté-

1. Voy. *supra*, p. 38, note 4.

2. « Ac tu duntaxat culpam præstare debes. »

rieure à la formation du contrat. Mais l'assimilation nécessaire entre les contrats de vente et d'échange non formés, cadre mal avec les expressions mêmes de Celse : l'échange diffère de la vente, dit-il, et *c'est pourquoi* (« et ideo ») la répétition sera possible « si mortuus est Stichus ». Ce passé où le texte relègue la mort de Stichus n'implique d'ailleurs nullement son antériorité à la première prestation, car le jurisconsulte aurait dit alors : « mortuus erat » ; il indique seulement que la répétition n'aura très probablement lieu que quelque temps après cette mort. — D'autres enfin prétendent que Celse confondait, comme ils affirment sans preuves qu'on le faisait à l'origine, la *condictio ob poenitentiam* avec la *condictio ob rem dati*. Paul n'admettrait plus cette confusion, qui aurait permis au premier coéchangiste de se repentir à tout moment et de répéter ainsi sa chose, même au cas de perte fortuite de l'objet promis comme contre-prestation. — Tout cela est divinatoire et je crois devoir m'en tenir à l'explication, très généralement admise (1), que j'indiquais tout-à-l'heure.

### SECTION III

#### *De la règle Res perit debitori.*

##### § 1<sup>er</sup>. — *Du louage de choses.*

Nous abordons, avec le louage de choses, l'étude d'un principe tout opposé à celui que nous avons vu régir la

1. Accarias : *Théorie des contr. inn.*, 3<sup>me</sup> confér. ; — Labbé, *op. cit.*, § 125,

vente et les contrats assimilés. Ici, *res perit debitori* : « *Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono præstare debere, ait* » (15, § 2, *loc. cond.*). Que la maison soit incendiée (1), que le champ disparaisse dans un tremblement de terre (2) ou soit confisqué par mesure administrative (3), que le troupeau loué soit enlevé par des voleurs (4), que l'usufruitier bailleur décède (5), le locateur sera libéré *rei interitu*, mais le locataire ne devra également plus rien pour les années de bail à courir et pourra conséquemment répéter tous les loyers payés d'avance (6). Même solution, *mutatis mutandis*, au cas de perte partielle ou de détérioration de la chose louée : le preneur peut exiger une diminution de loyer, proportionnée à la diminution de jouissance (7). C'est ainsi encore

1. 15 § 3, 19 § 6, 30 § 1, *eod. tit.*

2. « *Si ager terræ motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse...* » (15, § 2, *eod. tit.*).

3. « *Si fundus quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id præstes...* » (33, *eod. tit.*).

4. « *Imperator Antoninus cum patre, cum grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescripsit : Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest, iudicio locati casum præstare non cogeris : atque temporis, quod insecutum est, mercedes ut indebitas reciperas* » (9, § 4, *eod. tit.*). »

5. « *Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem ejus non teneri, ut frui præstet : non magis quam insula exusta teneretur locator conductori* » (9, § 1, *eod. tit.*).

6. « *Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata.* » (15 § 7, cf. 33, in fine, *eod. tit.*).

7. 15 § 2, 25 § 2, 27 pr., *eod. tit.*

que le preneur, privé temporairement et par cas fortuit ou force majeure de l'usage de la chose, ne doit rien à son bailleur jusqu'à ce que l'obstacle apporté à sa jouissance disparaisse (1). Il faut, je crois, rattacher à cela la remise accordée au fermier de tout ou partie de son fermage, au cas de mauvaises récoltes : notons que cette remise ne saurait être motivée par toute perte fortuite (2), mais seulement par une mauvaise récolte, c'est-à-dire par un fait imputable en partie aux qualités du sol ; de plus, par un tempérament d'équité, le bailleur n'aura pas à supporter le « *damnum modicum* » mais seulement celui par lequel le fermier se trouve lésé « *plus quam tolerabile est* » (25 § 6, cf. 27 pr., *loc. cond.*), et l'excédent des bonnes années devra compenser les pertes des mauvaises (3), enfin le fermier supporte la perte des semailles (15, §§ 2-7, *eod. tit.*).

Pothier (*Traité du contrat de louage*, n<sup>os</sup> 4 et 139) voulait expliquer la différence, quant aux risques, entre la vente et le louage, par une assimilation hasardée de ce dernier contrat à une vente de choses futures, vente conditionnelle d'usage ou de fruits : « le prix n'en est dû qu'autant que ces fruits naîtront. » M. Labbé (*op. cit.*, § 104) répond à cela fort justement que le louage a pour

1. « Si vitiatum ædificium necessario demolitus esset, portione, quanti dominus prædiorum locasset, quod ejus temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, et tanti litem æstimari » (30 pr., cf. 60 pr., *eod. tit.*).

2. « Damnum quod per aggressuram latronum in possessionibus locatis rei luæ illatum esse proponis, a domina earundem possessionum, quam nullius criminis ream facere te dicis, rescaciri tibi nulla ratione desideras » (12, C., *de loc. et cond.*).

3. 15, § 4, *eod. tit.* (Cf. 8, C., *de loc. et cond.*).

objet de procurer au locataire la faculté de jouir de la chose, de faire naître et de recueillir les fruits, plutôt que de lui procurer directement la possession de cette chose, la propriété de ces fruits; et que l'explication de Pothier cadre mal avec l'exigibilité anticipée des loyers à échoir, admise par cet auteur (1) au cas de faillite du locataire.

Peut-être M. Labbé aurait-il pu ajouter qu'il est inutile de « s'efforcer d'établir une concordance de doctrine entre les solutions admises dans la vente et celles admises dans le louage ». Nous avons déjà vu les Romains suivre pour la vente pure et simple une règle qu'ils renoncent à appliquer dans toutes ses parties en matière de vente conditionnelle: pourquoi ne pas admettre qu'ici ils sont de même revenus tout simplement à la juste interprétation de l'intention des parties? pourquoi tenter de mettre une décision, excellente en droit et en équité, d'accord avec une autre décision critiquée en droit et reconnue mauvaise en fait? Les jurisconsultes ont jugé avec raison que, si le preneur consentait à payer une *merces* périodique, ce n'était pas réellement dans le but exclusif d'acquérir une créance de jouissance, mais dans le but d'obtenir une jouissance effective et continuée: si le bailleur se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, la dette du preneur doit corrélativement s'éteindre, faute de cause impulsive.

Cette dette doit s'éteindre, ou plutôt elle ne peut plus naître: elle est successive, comme l'obligation du bailleur, qui n'est pas susceptible de s'accomplir instantanément et qui se prolonge et se renouvelle tant que dure

1. *Introd. au tit. XIX de la cout. d'Orléans*, n° 54.

son objet : dès qu'une impossibilité totale ou partielle survient, et empêche totalement ou partiellement cette obligation de se former désormais, l'obligation corrélative du locataire s'arrête également pour le tout ou pour partie.

Le fr. 54, § 2, *loc. cond.* (1) n'infirme en rien l'application de la règle *res perit debitori* au contrat de louage : en mettant aux risques du fermier l'esclave estimé, il ne fait que consacrer, comme l'explique Pomponius au fr. 3, *eod. tit.* (2), l'adage *æstimatio facit venditionem*. Il en serait de même au cas de cheptel de fer. L'intention prouvée contraire des parties devrait d'ailleurs faire écarter cette solution.

§ 2. — *Du louage d'ouvrage. — Application de la règle.*

Le louage d'ouvrage est régi par les mêmes principes ; et la transposition dans les qualifications des parties ne doit pas faire illusion à ce sujet : que le bailleur véritable soit appelé ici *conductor* et le preneur *locator*, peu importe, car notre règle n'est pas *res perit locatori*, mais *res perit debitori*, c'est-à-dire que l'impossibilité d'accomplir celle des deux prestations qui consiste en une chose certaine ou en un fait certain, ôtera à celui qui y était obligé le droit de poursuivre sa créance corrélative de somme d'argent. De même que le *locator rei* n'a droit au

1. « Paulus respondit, servum, qui æstimatus colonæ adscriptus est, ad periculum colonæ pertinebit ... »

2. « Cum fundus locetur, et æstimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus ; sicuti fieret, cum quid æstimatum in dotem daretur , »

loyer qu'en raison de la jouissance procurée, de même le *conductor operis* n'a droit au salaire qu'en raison du travail utile fourni. On peut citer à l'appui de cette solution :

Le fr. 62 de Labéon, *loc. cond.*, qui met à la charge de l'entrepreneur la destruction fortuite du canal par lui creusé, pourvu toutefois que cette destruction ne soit pas causée par un vice du sol (1), et qu'elle survienne avant l'approbation du travail par le *locator* (2) : cette approbation en effet décharge le *conductor* de tous risques ; —

Le fr. 10 pr., *de leg. Rhod.*, du même jurisconsulte : à l'armateur qui s'est chargé de transporter des esclaves, aucun fret n'est dû pour ceux qui sont morts en cours de voyage (3) ; toutefois, ici comme partout ailleurs on aura égard à l'intention contraire des parties (4), et Paul (*ibid. in fine*) admet même en faveur de cette intention contraire une présomption *juris tantum* (5) ; —

Le fr. 15 § 6 d'Ulpien, *loc. cond.* (6), si l'on admet,

1. « Si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum » ; cf. 33, *eod. tit.* : « Si insulam ædificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis ... »

2. « Si rivum, quem faciendum conduxeras, et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. »

3. « Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. »

4. « Quæritur, quid actum est: utrum [ut] pro his, qui impositi, an pro his, qui deportati essent, merces daretur. »

5. « Quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauea si probaverit impositum esse mancipium. »

6. « Cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeleret, rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Cæsaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est. »

contrairement à l'opinion de M. Maynz (1), que l'expression *pro mutua* employée par ce texte ne signifie pas à titre de prêt, mais simplement à titre d'avance: la controverse sur ce point est d'ailleurs sans grand intérêt, car en admettant avec M. Maynz un prêt préalable, il ne faut voir dans ce fr. 15 § 6 qu'une décision intervenue « dans un cas tout-à-fait particulier » qui, si elle ne vient pas corroborer pleinement notre solution, du moins ne l'infirmes pas non plus ; —

Le fr. 36 de Florentin, *eod. tit.*, d'après lequel les risques sont pour le conductor jusqu'à l'approbation s'il s'agit d'un ouvrage entrepris *aversione*, jusqu'au mesurage si l'ouvrage a été entrepris à la mesure (2). M. Accarias (3) fait remarquer que cette charge des risques n'implique pas une présomption de faute de la part de l'entrepreneur ; autrement il ne perdrait pas seulement son droit à la merces, mais il devrait encore des dommages et intérêts, « ce qu'aucun texte ne permet de soutenir: une telle obligation supposerait prouvé que l'ouvrage a été mal fait (51 § 1, *loc. cond.*) ». Comment d'ailleurs expliquer les formules si générales de notre texte, si l'on ne veut voir dans la charge des risques pour le conductor operis qu'une présomption, si l'on veut subordonner l'obligation du locator à une simple question de preuve ? Qu'importe la difficulté de vérifier, après la perte, si l'ou-

1. *Traité des Obligations*, § 49, note 11.

2. « Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes, mensurasve præstetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus adimensum non sit. »

3. *Précis de droit Romain*, tome II (troisième édition), p. 504, note 1.

vrage était bien exécuté ? L'entrepreneur s'était engagé à fournir tel travail ; un cas fortuit l'empêche de remplir son obligation, tant pis pour lui : s'il veut faire passer les cas fortuits à la charge du locator, il n'a qu'à mettre celui-ci en demeure de recevoir (1).

§ 3. — *Continuation. — Distinction entre la force majeure et le cas fortuit.*

Ces observations m'obligent à expliquer autrement que ne le fait M. Labbé (*op. cit.*, § 107) la restriction apportée à notre solution par la fin du texte de Florentin (2). Pour rejeter le préjudice sur le locator et pouvoir exiger de lui le paiement de la merces, il ne suffira pas au conductor de démontrer que la destruction provient d'un cas fortuit, et non pas d'un vice dans l'accomplissement du travail : il lui faudra, prenant à la lettre les termes du fr. 36, prouver que « *vi majore opus intercidit* ». Nous rencontrons ici une des très rares applications de la distinction entre les faits de force majeure et les cas fortuits, si généralement confondus par les auteurs.

« Quæro », dit Sebastianus Medicis dans son traité *De fortuitis casibus* (3), « quotuplex sit fortuitus casus. Resp. duplicem esse, primo casus ab ipso facto naturæ contingit, ut vis fluminum, terræmotus et alii similes,...

1. « Nociturum locatori », dit Florentin, *loc. cit.*, « si per eum steterit, quominus opus adprobetur. »

2. « Si tamen vi majore opus prius intercidit, quam adprobetur, locatoris periculo est : nisi si aliud actum sit. »

3. 1<sup>re</sup> partie, question XIII (au tome VII du *Tractatus Illustrum*, p. 209).

tempestas,.. nix immoderata,.. mors,.. incendium, ruina, naufragium,.. fervor solis non consuetus, inundatio aquarum... Secundo modo dicitur fortuitus casus contingens facto homini, sut piratarum, hostium et prædonum incursus,.. furtum, seu deprædatio facta in itinere,.. falsum testimonium, incendium ab altero immissum,.. factum principis... » Cette distinction a été reprise par Domat (1) ; — voy. aussi Accarias (2).

Il ne suffira donc pas à l'ouvrier de prouver que la perte fortuite provient « du simple jeu des lois de la nature physique », il faudra qu'il prouve un acte de violence accompli par un individu. Il ne faut en somme voir qu'un tempérament qui n'était peut-être pas très impérieusement réclamé par l'équité (3), dans la possibilité accordée par Florentin au *conductor* d'exiger sa *merces*, malgré la perte avant approbation, en prouvant la force majeure. Du reste, le *locator* aura toujours la ressource, pour s'exonérer à son tour, d'établir que l'ouvrage n'était pas recevable : « Si l'œuvre non encore approuvée périt *par force majeure*, » dit Javolénus (4), « la perte est pour le *locator*, si l'œuvre était telle, qu'elle aurait dû être approuvée » ; et le *criterium* de la recevabilité, c'est « *boni viri arbitrium* ; ... *idque arbitrium ad qualitatem operis pertinet...* » (24 pr., *eod. tit.*).

1. *Les lois civiles*, 1<sup>re</sup> partie, liv. 1<sup>er</sup>, tit. IV, sect. IV, n<sup>o</sup> 6 : *cas fortuits de deux sortes, naturels et du fait des hommes*.

2. *Précis de droit Rom.*, t. II, p. 612, note 1.

3. Peut-être aussi n'était-il pas admis par la majorité des jurisconsultes.

4. 37, *eod. tit.* : « Si prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. »

§ 4. — *Continuation. — Examen d'un texte de Javolenus* (59, *loc cond.*).

Que si l'ouvrage a été entrepris à la mesure, c'est, ai-je dit, jusqu'au mesurage que la perte fortuite est subie par le *conductor*. A cette hypothèse, nettement résolue par notre fragment 36, se rapporte, semble-t-il, le fr. 59, *eod. tit.* : Javolenus, adoptant une décision de Massurius Sabinus, met à la charge du maître la ruine fortuite d'une maison en construction non encore achevée (1). On a soutenu sans preuves que, dans le contrat de louage intervenu, « la construction de la maison avait été considérée comme un tout indivisible » (Labbé, *op. cit.*, § 108); et l'on a dit, pour justifier la décision du jurisconsulte, que l'ouvrage quoique inachevé présentait une valeur entrée dans le patrimoine du propriétaire du sol, qui se

1. « Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat; deinde operis parte effecta terræ motu concussum erat ædificium :... Flacci esse periculum ». — Notons, à propos de cette hypothèse, que plusieurs autres textes nous présentent comme un cas de louage d'ouvrage l'édification d'un bâtiment (voy. notam. 22 § 2, *eod. tit.* : « Cum insulam ædificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est... »). L'objet principal du contrat, ce n'est pas les matériaux fournis, comme dans la fabrication d'un anneau d'or (§ 4, *Inst., de locat. et conduct.*), c'est le travail de transformation qu'on fait subir au sol : la construction n'est que l'appropriation du sol à une destination nouvelle, le fonds devient seulement *urbanum* de *rusticum* qu'il était, mais ce n'en est pas moins un fonds que le locator aura comme auparavant dans son patrimoine.

trouvait enrichi soit par les matériaux fournis par l'entrepreneur, soit par le façonnage donné à ses propres matériaux : il est donc juste, conclut-on, que, voyant son fonds bouleversé, détruit par un tremblement de terre, il perde de plus le prix de création d'une plus-value, dont il n'aura jamais pu jouir ! Mais au cas d'un ouvrage ainsi entrepris *per aversionem*, les contractants auraient-ils jamais songé à cette sorte d'enrichissement progressif du *locator* ? C'est bien peu probable ; et il est bien difficile aussi de supposer le *locator* approuvant une simple « *pars effecta* » de cet ouvrage : or, même dans l'opinion qui met à sa charge les cas fortuits dûment prouvés, encore faut-il que l'œuvre soit en état d'être agréée (1). Et comment l'entrepreneur *per aversionem*, qui n'a pas droit à la *merces* avant l'*adprobatio*, pourrait-il acquérir ce droit par l'effet d'une destruction fortuite de l'édifice commencé ? Il vaut donc mieux supposer simplement, et rien ne s'y oppose, que, dans le fr. 59 comme au cas prévu par le fr. 30, § 3, *eod. tit.*, « qui *ædem faciendam locaverat, in lege dixerat : Quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit* ». Dès lors il est tout naturel de mettre à la charge du *locator* les risques de toute « *pars effecta* », s'il l'a mesurée, ou si « *per eum steterit quominus admetiatur* » (36, *eod. tit.*).

1. Voy. fr. 37, *eod. tit.*, du même Javolenus (*supra*, p. 50, note 4).

#### SECTION IV

*Des contrats qui admettent, sous certaines distinctions, l'application des règles Res perit creditori et res perit debitori.*

§ 1<sup>er</sup> : A. — *De la vente sous une alternative ;* — B. — *De la vente avec facultas solutionis.*

A. — Soit une vente conclue en ces termes : « Est mihi emptus Stichus aut Pamphilus » (34, § 6, *de contrah. empt.*). Comment s'y posera la question des risques ? Éliminons d'abord le cas où celui à qui la faculté de choisir était réservée l'a exercée : dès lors, en effet, à moins que le contrat n'admette des variations ultérieures dans ce choix (1), l'obligation se spécialise dans son objet et devient une dette de corps certain (2), à laquelle nous appliquerons toutes les règles qui gouvernent ce genre de dettes, et notamment la maxime *debitor rei certæ*, avec ses applications et ses modifications au cas de demeure (3). Je suppose donc que le choix n'a pas encore été exercé par celui à qui il appartient. Il faut distinguer à nouveau.

1. « An autem mutare voluntatem possit, et ad alterius petitionem transire, quærentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit, *quem voluero*, an *quem volam* : nam si talis fuerit, *quem voluero*, cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit : si vero tractum habeat sermo illius, et sit talis, *quem volam*, donec iudicium dictet, mutandi potestatem habebit » (112, pr., *de verb. oblig.*).

2. Voy. 4 § 2, et 7, *de leg. commiss.*

3. 105, *de verb. oblig.* ; — 95 pr., *de solution.*

Crouvès

4

1° — Si en cet état un seul des objets dus, Stichus, périt, pour qui sera la perte ? Cela dépend, et une sous-distinction s'impose. Le vendeur ne sera pas libéré, et continuera à devoir Pamphile qui subiste, mais peu lui importe si, par exemple, Stichus ne lui appartenait pas, et si de plus (dans l'opinion qui lui refuse le droit d'offrir à son gré Pamphile ou l'estimation de Stichus) celui-là n'était pas d'une valeur supérieure à celui-ci ; au lieu que l'acheteur subira un préjudice, si le choix lui a été laissé et que Stichus soit d'une plus grande valeur que Pamphile, le seul qu'il puisse désormais réclamer (1). A l'inverse la perte sera tout entière pour le vendeur, s'il avait la propriété de Stichus et la faculté de choisir (2).

2° — Les deux objets périssent, simultanément ou successivement, tous deux par cas fortuit : le vendeur est alors libéré ; car, si l'on ne peut pas dire exactement qu'il soit débiteur d'une certaine espèce, puisqu'il y a quelque indétermination dans l'objet de son obligation, du moins n'est-il pas non plus débiteur d'un genre, qui *nunquam perit* : cette perte doit donc équivaloir pour lui à un paiement. Que si le premier esclave a péri par le fait du vendeur, à qui, par hypothèse, le choix avait été abandonné, et qui a ainsi concentré son obligation sur Pamphile, la perte fortuite de celui-ci survenant ensuite éteindra encore l'obligation : l'acheteur aura seulement, ainsi le veut l'équité, une action en indemnité, action de *dolo* ou in

1. Il pourrait réclamer la valeur de Stichus, au cas où celui-ci aurait péri par le fait du débiteur : mais cette hypothèse est étrangère à la question des risques.

2 « In potestate est venditoris, quem velit dare : sed uno mortuo, qui superest, dandus est... » (34 § 6, *de contrah. empt.*).

factum, contre le vendeur qui lui a causé par son fait un préjudice (95 § 1, *de solution.*). Notons enfin que, Pamphile périssant par le fait du vendeur après la perte fortuite de Stichus, l'obligation subsiste comme si Pamphile avait fait, dès l'origine, l'objet d'une dette pure et simple.

Si maintenant nous supposons une détérioration ou perte partielle survenue fortuitement et avant toute demeure, nous constaterons que la charge des risques s'y résoudra le plus souvent en une question de fait. En effet c'est seulement au cas où tous les objets dûs auront subi la détérioration, que les risques seront d'une façon générale pour l'acheteur : celui-ci ne pourra jamais réclamer que l'un *ou* l'autre de ces objets, et dans l'état où il se trouve ; et il devra tout son prix néanmoins. Mais si la détérioration n'a atteint que l'un des objets, tout dépendra de la volonté de celui à qui le choix appartient : l'acheteur devra toujours son prix intégral, mais il ne supportera les risques que si le choix a porté sur l'objet partiellement péri.

B. — On rapproche souvent de la vente sous une alternative, celle où une *facultas solutionis* serait accordée au vendeur. Il est à peine utile de noter que, dans une telle vente, la perte de la chose mise in obligatione peut seule libérer celui-ci : la perte de l'objet placé in facultate solutionis est indifférente (cf. perte de l'un des objets dûs sous une alternative). L'objet *di* pourra d'ailleurs et devra être livré dans l'état où il se trouve, avec toutes les améliorations et détériorations survenues depuis le contrat ; mais le vendeur pourrait-il, s'il le préfère, se libérer en livrant l'objet mis in facultate, malgré les déte-

riorations ou pertes partielles par lui subies ? Pour résoudre cette question très peu pratique, sur laquelle les textes et les auteurs sont muets, il faut, je crois, se conformer par analogie au principe admis pour la vente pure et simple, et pour la vente alternative au choix du vendeur. L'objet in facultate n'est pas, il est vrai, l'objet dû, mais le vendeur se libère en le livrant : il doit donc pouvoir le livrer tel quel, laissant ainsi les risques de perte partielle à la charge de son acheteur.

§ 2. — *Du louage de services.*

Celui qui a loué ses services pour un temps donné a droit pendant toute cette période à un certain salaire : si un cas fortuit survient qui le force à suspendre avant terme l'accomplissement de ses engagements, continuera-t-il à pouvoir exiger le paiement de la merces convenue, ou bien l'impossibilité d'exécution sera-t-elle à sa charge ? Ulpien (19 §§ 9-10, *loc. cond.*) reproduit à ce sujet une distinction admise par Septime Sévère et Antonin Caracalla, et par Papinien : si le salarié a pu placer ailleurs, pour le temps pendant lequel le premier maître y aurait encore droit, ses services interrompus par un cas fortuit, il n'a plus rien à réclamer à ce maître primitif, car autrement il recevrait des deux mains ; mais s'il n'a pas pu s'indemniser par ailleurs ( « si eodem anno mercedes ab alio non accepisti » ), il ne doit pas être victime d'un cas fortuit qui lui fait perdre en somme tous ses moyens d'existence, et il aura droit à sa merces ( « fidei contractus impleri æquum est » ) pour tout le temps qui restait à courir, et pendant lequel il ne tient pas à lui de ne pas remplir son

obligation : « Qui operas suas locavit, » dit également le fr. 38 pr., *eod. tit.* « totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit quominus operas præstet. »

Cette expression *per eum non stetit* semble à M. Labbé (*op. cit.*, § 112) désigner un empêchement provenant, non pas d'un cas fortuit quelconque, mais spécialement « d'une cause étrangère à la personne de celui qui a loué ses services » ; dès lors, « si l'ouvrier ou le serviteur était empêché par une infirmité accidentelle de rendre les services promis, il n'aurait pas droit au salaire pour tout le temps pendant lequel il n'aurait pas été à la disposition du maître ». Cette interprétation me paraît inadmissible en présence du fr. 15 pr., *de oper. libert.*, où, après avoir dit : « Libertus, qui post indictionem operarum valetudine impeditur, quominus præstet operas, non tenetur » ; Ulpien ajoute : « nec enim potest videri per eum stare quominus operas præstet ». De même dans une autre matière assez voisine de la nôtre, les avocats, « si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent » (38 § 1, *loc. cond.*) ; or « divus Severus ad heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret » (1).

C'est donc toute espèce de cas fortuit qui sera à la charge tantôt du créancier, tantôt du débiteur, selon que celui-ci aura pu, ou non, louer ailleurs ses services pendant le temps qui reste à courir.

1. 1 § 13, *de extraord. cognition.* ; — cf. 23, *de verbor. oblig.*

§ 3. — *De l'emphytéose.*

L'emphytéose admet aussi, selon les cas, l'application des deux règles : *Res perit creditori*, comme la vente, ou *Res perit debitori*, comme le louage de choses. Mais ici, point de principes juridiques qui s'imposent, point de considérations d'équité : c'est une décision arbitraire de l'empereur Zénon qui régit la matière.

Jusque vers la fin du v<sup>e</sup> siècle, on avait discuté sur la nature du contrat emphytéotique : la majorité y voyait avec Gaius (*Comm.* III, § 145), un louage, mais d'autres voulaient encore le traiter comme une vente (§ 3, *Inst., de locat. et conduct.*) ; c'est que, nous explique Théophile dans sa paraphrase, si l'emphytéote paie au propriétaire une redevance annuelle comme un locataire, il peut aussi transmettre son droit, comme un acheteur, entre vifs ou par succession. Zénon (1, *C., de jur. emphyt.*) en fit un contrat spécial ; et, posant d'abord en principe que la volonté des parties est souveraine (1), il décida que, à défaut de cette volonté exprimée, la perte totale serait supportée par le bailleur à emphytéose, et la perte partielle par le preneur ; toutefois celui-ci pouvait encore obtenir, comme un fermier, une réduction de sa redevance au cas de diminution de récoltes (2).

1. « Cuncta, quæ inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scriptura inter veniente habitis, placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri. »

2. 15, § 4, *loc. cond.* ; — Garsonnet : *Histoire des locations perpétuelles*, première partie, livre II, chapitre II, sect. 3, n° 1.

§ 4. — *De la société.*

Du consentement de deux personnes s'est formée une société, où l'une d'elles a promis d'apporter une species certa : corps certain ou industrie. Dès ce moment, toute perte partielle en sera à la charge de la société : celle-ci subsistera, et chaque associé conservera intact son droit éventuel à la part que le contrat lui reconnaît dans le partage. Pour la perte totale, à laquelle j'assimilerai une perte partielle destructive de la substance et de l'utilité de l'objet, il faut distinguer avec Celse et Ulpien (58 pr., *pro soc.*) : — s'agit-il d'un apport en propriété ? celui qui l'a fait ou promis continue à avoir droit à sa part des bénéfices sociaux si la société subsiste malgré la perte subie, et il conserve en tous cas son droit au partage du fonds social. Le fr. 58 pr. cite l'exemple d'une mise en société de mon cheval et des trois vôtres pour former un quadrige dont nous ayons la copropriété ; Pothier (*Traité du Contrat de Société*, n° 54) y ajoute le cas où « deux voisines qui avaient chacune une vache sont convenues que les deux vaches seraient communes entre elles » : la perte de l'une des deux vaches sera supportée pour moitié par chacune des deux voisines, de même que vous supporterez jusqu'à concurrence des trois quarts la perte de mon cheval (1). — Mais si l'apport est en jouissance (ce qui dépendra de l'intention des parties ou de la nature de

1. Cf. 52 § 3, *pro soc.* « Damna, quæ in prudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur præstare : ideoque si pecus æstimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est. »

l'objet de l'apport), si les « deux voisines qui avaient chacune une vache, ont contracté une société de tous les fruits et profits qui en proviendraient » (Pothier, *op. cit.*, n° 141), ou si nous avons mis en société, non pas nos chevaux eux-mêmes, mais le prix à provenir de la vente du quadrigé (1), ou encore si « un marchand de bois a contracté une société avec un tonnelier pour faire et vendre des tonneaux, à laquelle société le marchand devait apporter le bois, et le tonnelier son travail seulement pour faire les tonneaux », avec cette clause « que le tonnelier ne pourrait faire faire les tonneaux par d'autres que par lui (Pothier, n° 142), » la perte d'une vache, la mort de mon cheval, la paralysie survenant et rendant le tonnelier incapable de faire les tonneaux, dissoudront la société et resteront à la charge de celui qui nè peut plus continuer à effectuer son apport.

Ces trois dernières hypothèses et autres semblables présentent une certaine analogie avec le louage, où le locator rei et le conductor operis, libérés de leur dette par l'impossibilité d'exécution, ne peuvent exiger de leur cocontractant l'accomplissement de son obligation corrélative. On a moins heureusement comparé à la vente le cas d'apport en propriété : en effet, tandis que le vendeur touche, malgré la perte de sa chose, son prix intégral, l'associé ne partagera qu'un fonds social diminué du montant de son apport, et supportera ainsi la perte dans la proportion de cet apport.

1. « Cum tres equos haberes, et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo, quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes : si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi (58 pr., *pro soc.*). »

J'ai dit que les résultats ci-dessus indiqués étaient acquis dès la société constituée, dès la simple promesse, indépendamment de toute réalisation d'apport : si Domat (1) et Maleville (2) ont donné une solution contraire, c'est en se référant exclusivement au § 1 du fr. 58, *pro soc.* ; or dans ce § 1 il s'agit d'un apport d'argent, et le texte décide avec raison que la perte de ce *genus*, qui, en tant qu'objet d'obligation, *perire non potest*, ne sera à la charge de la société que « post collationem ». C'est donc par erreur que l'on a étendu cela au cas d'apport d'objets certains en propriété ; et l'argument qu'on a voulu tirer en ce sens du pr. de notre fragment ne résiste pas à une lecture correcte de ce texte : dans le membre de phrase « *si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur* », le verbe *communicaretur*, de même que la proposition suivante (*tuque in ea tres partes haberes, ego quartam*), dépend grammaticalement de *ut*, et non de *si* ; il suffit donc qu'il ait été convenu que le quadriges serait mis en société (3), il est inutile que le transfert de propriété ait eu lieu.

§ 5. — *De l'æstimatum*

De même qu'au point de vue des risques on applique à l'échange les règles de la vente, de même dans les autres contrats innommés cette question des risques se résoudra d'après l'analogie du pacte avec tel contrat du droit civil.

1. *Les lois civiles* : 1<sup>re</sup> partie, liv. 1<sup>er</sup>, tit. VIII, sect. IV, n° 14.

2. *Analyse raisonnée* : tome IV, p. 23.

3. Pothier : *op. cit.*, n° 110.

Les jurisconsultes Romains recherchent très généralement cette analogie lorsque, étudiant un contrat innommé, ils ont à en déterminer les effets. C'est ainsi que Paul, étudiant le contrat *facio ut facias*, et citant deux espèces où « *mandatum quodammodo intervenisse videtur* », dit que l'action *præscriptis verbis* accordée en ces deux cas « *similis erit mandati actioni* » ( 5 § 4, *de præscr. verb.*). Ainsi encore Ulpien donne, dans une hypothèse spéciale de contrat innommé (17 § 2, *de præscr. verb.*), les mêmes solutions qu'en cas de dépôt, pour la prestation des fautes, « *quia prope depositum hoc accidit* » ; de même il signale, au fr. 1 § 3, *de precar.*, la ressemblance du précaire avec le commodat.

Pour l'*æstimatum*, — contrat de commission dans lequel le consignataire ou commissionnaire vendeur serait autorisé à garder pour soi, outre sa commission, la différence entre l'estimation et le prix supérieur de vente, — on se laissa guider par l'analogie qu'il présente tantôt avec la vente, tantôt avec le mandat. Des doutes s'étaient élevés sur la nature de ce contrat, avant qu'on en fit un *negotium* spécial sanctionné par l'action *præscriptis verbis* (1 pr., *de æstimat.*) : il en résulta d'abord, pour la solution de la question des risques, une incertitude qui aboutit à une distinction assez conforme à l'intention probable des parties. Le *tradens* a-t-il été chercher l'accipiens et sollicité ses services, ou même est-il simplement entré en rapports avec lui à la suite d'un appel adressé à tout le monde et auquel l'accipiens s'est trouvé répondre le premier ? Les risques seront pour le *tradens* (1), qui a au con-

1. « Si rem æstimatam tibi dederò, ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit: siquidem ego te rogavi, meo

trat un intérêt majeur et dont le rôle ici ressemble assez à celui d'un mandant. Mais si l'offre vient de l'*accipiens*, de quelqu'un de ces colporteurs ou circitores « quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam et distrabendam » (5, § 4, *de institor. act.*), la mauvaise foi générale de cet *accipiens*, pauvre hère besogneux et vivant au jour le jour, la nature de ses rapports avec le tradens qu'il est venu solliciter, la remise qu'il a obtenue sur le prix de vente par une estimation un peu inférieure à la valeur de la chose, ont fait mettre les risques à sa charge (1) : c'est à cette hypothèse éminemment pratique qu'il faut rapporter le fr. 1 § 1, *de æstimat.* (2). Il y a là une situation analogue à celle de l'acheteur, qui doit son prix tout en perdant la chose.

Mais par certains côtés le contrat estimatoire ressemble aussi à la société. Et ici, par une faveur assez difficile à expliquer juridiquement, les textes ne se bornent point à dire que les parties pourront adopter dans la question des risques les règles admises pour le contrat de société : le fr. 44, *pro. soc.*, (3) leur permet de voir en tous points,

periculo perit... » (Paul : *Sent.*, II, 4, § 4) ; — « Si neuter nostrum (rogavit alterum), sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi præstes... » (17 § 1, *de præscr. verb.*).

1. «... Si tu de vendenda promisisti, tuo periculo perit » Paul. *Sent.*, II, 4 § 4) ; — cf. 17 § 1, *præscr. verb.*

2. « Æstimatio autem periculum facit ejus qui suscepit : aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut æstimationem de qua convenit. » — Voy. Accarias : *Théorie des contrats innommés*, 16<sup>me</sup> confér., p. 280 et suiv.

3. « Mihi videtur, si animo contrahendæ societatis id actum sit, pro socio esset actionem : si minus, præscriptis verbis » ; — cf. 52, § 3, *cod. tit.*

dans le contrat entre elles intervenu, une société ou un *æstimatum*, à leur choix, alors qu'elles ne pourraient le baptiser ni mandat, ni vente, ni louage (1 pr., de *æstimat.*) ; et cela malgré la possibilité pour le *tradens* de réaliser un gain à l'exclusion de l'*accipiens* (1) : mais celui-ci pourra en somme perdre seulement le fruit de ses démarches, sans s'appauvrir, et ainsi la convention « aboutira peut-être à grossir, mais non jamais à diminuer son avoir ; et c'est probablement parce que l'éventualité de ce bénéfice n'est pas balancée par la crainte d'une perte véritable, que le jurisconsulte ne recule pas devant l'idée de société (2). »

Quant à la perte partielle, elle sera toujours *en fait* à la charge du *tradens* si elle fait tomber la valeur de la chose au-dessous de l'*æstimatio*, car ce n'est pas l'*æstimatio* mais la chose elle-même, que l'*accipiens* s'empressera de rendre en ce cas.

§ 6. — *Du contrat qui a pour objet l'affranchissement d'un esclave.*

Titius vous promet une somme d'argent pour que vous affranchissiez tel esclave. Ce pacte pourra se transformer, selon les cas, en un contrat *do ut facias* ou *facio ut des* : les textes ont prévu ces diverses hypothèses.

1. Ce résultat, contraire aux règles de la société, se produit lorsque l'*accipiens* vend la chose pour un prix précisément égal à l'estimation. Que s'il vend pour un prix inférieur, c'est qu'il a bien voulu subir cette perte : pour s'y soustraire, il n'avait qu'à rendre la chose au *tradens* au lieu d'en poursuivre la vente.

2 Accarias : *op. cit.*, 15<sup>me</sup> confér., p. 266.

1° Titius forme le contrat en vous remettant l'argent, et un certain laps de temps vous est assigné pour affranchir : Proculus, nous dit Ulpien (3, § 3, *de condict. caus. dat.*), était d'avis que la mort de l'esclave survenue avant l'écoulement du délai vous libérait et enlevait à Titius toute action en répétition de l'argent versé.

2° C'est vous qui formez le contrat en affranchissant l'esclave, avant que Titius vous ait rien remis : telle est l'hypothèse prévue, semble-t-il, par le § suivant d'Ulpien (3, § 4, *eod. tit.*). Ce texte, dont les premiers mots (1) indiquent une antithèse au cas prévu par le § précédent, vous donne contre Titius l'action « quæ ex contractu nascitur, id est *præscriptis verbis* » (et non pas *condictionem*, comme a cru devoir ajouter quelque copiste maladroit) ; et cela, même en supposant l'esclave mort (« defuncto quoque eo »). Le jurisconsulte ne spécifie pas que cette mort a été précédée de l'affranchissement (2) ; mais il faut suppléer cela, sous peine d'admettre que l'action a pu naître *ex nudo pacto*. En effet nous ne saurions voir dans ce simple pacte un contrat de louage de services, avec mise des risques à la charge du conductor, lorsque le locator se trouve sans sa faute empêché d'exécuter son obligation : au fr. 5 § 2, *de præscr. verb.*, Paul cite l'affranchissement d'un esclave comme un fait « quod locari non possit ». — Donc dans ce second exemple encore, *res perit creditori*.

3° Mais ailleurs (5 §§ 3-4, *de condict. caus. dat.*) Ulpien précise et distingue d'après certaines considérations, tou-

1. « Quinimo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres. »

2. « ...Placuerat tamen, ut darem. »

tes de fait. Titius vous a donné de l'argent pour affranchir un esclave, et il n'est plus question ici de délai donné pour l'affranchissement ; l'esclave meurt ou s'enfuit : quoique vous ne soyez ni en faute ni en demeure, Titius pourra néanmoins répéter son argent, si vous n'étiez pas dans l'intention de vendre bientôt cet esclave ; « *decederet enim (servus), et si non accepisses ut manumitteres* » : motif qui n'en est pas un, au fond, et que les Romains (et Ulpien lui-même) se sont bien gardés de rappeler en matière d'échange et de vente. Que si vous étiez, lors de la formation de votre contrat avec Titius, dans l'intention de vendre votre esclave, et que seul ce contrat, cette *datio ut facias*, ait mis obstacle à la vente projetée, la mort ou la fuite de l'esclave vous libèrera : cette fuite, cette mort, c'est votre acheteur éventuel qui en eût été victime ; Titius vous a empêché de vendre, il en subira les conséquences. D'ailleurs, même en dehors de toute intention de vendre de votre part, il est encore des circonstances qui pourront vous soustraire à l'action en répétition : vous vous mettez en route pour aller trouver le président de la province, qui doit affranchir votre esclave, et pendant le voyage celui-ci est tué par des brigands, ou écrasé par une voiture, ou enseveli sous les débris d'un auberge où vous étiez arrêtés et qui s'est écroulée sur vous, en un mot il périt dans un accident qui ne l'aurait pas atteint si vous n'aviez pas entrepris avec lui ce voyage qui a son affranchissement pour but (1) ; ou

1. « *Nisi forte profectio manumissionis gratia, morti causam præbuit: ut vel a latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur.* »

bien encore il s'est enfui bien que, malgré la perspective d'un affranchissement prochain, vous ne vous soyiez pas départi envers lui d'une surveillance attentive (§ 3, *ibid.*) ; en tous ces cas (cf. § 1, *ibid.*) vous n'avez rien à rendre : tunc enim non est æquum, te et servo, et toto pretio carere. »

Ces décisions un peu disparates, qui ne déécoulent pas d'un principe déterminé et ne constituent pas un système, nous montrent un effort des jurisconsultes romains pour faire la part de l'équité et de l'intention des parties. Ulpien, qui semble poser ici des principes généraux, ne nous y donne en réalité que des décisions d'espèces, à peine motivées. Ce n'est peut-être pas là du droit bien exact ; mais cela n'a rien qui doive nous étonner, dans notre matière.

---

## CONCLUSION

De l'étude des risques dans les contrats bilatéraux, il est donc impossible de dégager une théorie générale, dominée par une règle unique ou par un ensemble de règles concordantes. Pour donner une idée des solutions romaines, il faut procéder par voie d'énumération; et je crois devoir repousser, non-seulement l'opinion trop impossible à soutenir qui veut voir partout l'application du seul adage *res perit creditori*, mais même la distinction proposée par M. Labbé (*op. cit.*, § 128) selon le but des divers contrats : les risques seraient pour le créancier quand le contrat tend à lui procurer « la propriété d'un corps certain, ou du moins, relativement à un corps certain, une situation analogue qui permette d'en retirer toute l'utilité; » mais si ce but est de lui faire obtenir « la jouissance ou l'usage d'une chose ou d'une faculté de l'homme, la rémunération n'est due que lorsque cet avantage a été procuré ». M. Labbé reconnaît lui-même que la distinction ainsi formulée n'est qu'à peu près exacte : elle est inapplicable, notamment, au louage de services, à l'*æstimatum*, et surtout à l'emphytéose; elle laisse également inexpliquée la différence entre la perte totale et la perte partielle dans la vente sous condition suspensive. Mais même en admettant qu'elle pût à la rigueur passer pour l'expression de *id quod plerumque fit*, il resterait encore à la justifier rationnellement, ou au

moins juridiquement : ce n'est en somme qu'une formule, ce n'est pas un principe.

La subordination absolue de la question des risques à la volonté *exprimée* des parties, tel est, comme je l'indiquais au début de cette étude, le seul principe généralement reconnu à Rome et auquel nous ne devons voir apporter aucune dérogation. Quant à conformer toujours leurs décisions à cette volonté *présumée*, c'est ce que les Romains auraient dû faire.

---



# DROIT FRANÇAIS

---

DE

## L'HYPOTHÈQUE SUR LES NAVIRES

---

### BIBLIOGRAPHIE

- CH. ABBOTT. — A treatise of the law relative to merchant ships and seamen : 1<sup>re</sup> partie, chap. 1.
- ALAUZET. — Commentaire de la loi du 10 décembre 1874, sur l'hypothèque maritime : appendice au tome 6<sup>me</sup> du commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale.
- D'ARGENTRÉ. — Commentaire de la coutume de Bretagne : art. 265, glose B.
- ASSER. — Notice à propos de l'« *Étude* » de R. Millet (*infra*) : *Bulletin de la Société de législation comparée*, tome III, p. 114.
- BÉDARRIDE. — Commentaire de la loi du 10 décembre 1874.
- BÉRAULT, GODEFROY et D'AVIRON. — Commentaires sur la Coutume de Normandie, art. 519.
- BERGE. — Compte-rendu de l'ouvrage de Gianquinto (*infra*) : *Bull. de la Soc. de légis. comp.*, t. VIII, p. 440.
- BILLETTE. — L'hypothèque maritime et ses conséquences.  
— Révision de la loi du 10 décembre 1874.
- BOISTEL. — Précis de droit commercial, n<sup>o</sup> 4158 et suiv.

- BOISTEL. — Article bibliographique : *Revue générale du droit*, 1880, p. 374.
- BUFNOIR. — Notice sur la loi prussienne du 17 mai 1884, concernant l'affectation des indemnités d'assurance à la garantie des droits des créanciers privilégiés et hypothécaires dans le ressort de l'ancienne Cour d'appel de Cologne : *Annuaire de législation étrangère*, 14<sup>e</sup> année, p. 203.
- CHALLAMEL. — Notice et notes sur la loi du 10 juillet 1885  
*Ann. de légist. française*, 5<sup>e</sup> ann., p. 84.
- CLEIRAC. — Juridiction de la marine : p. 352 et 426.
- CONSTANT. — L'hypothèque maritime, commentaire pratique de la loi de 1885 : *Revue de droit commercial*, 1885, p. 289.
- CRESP. — Cours de droit maritime : tome I.
- A. DESJARDINS. — Traité de droit commercial maritime, t. 5.
- DUFOUR. — Droit maritime.
- G. DE GIOANNIS GIANQUINTO. — Diritto maritimo : la ipoteca navale.
- GONSE. — De l'hypothèque maritime : *Revue critique*, 22<sup>me</sup> ann. (nouv. série, t. II), p. 200.
- GONSE — Observations sur l'« *Etude* » de R. Millet (*infra*) : *Bull. de la Soc. de légis. comp.*, t. III, p. 120.
- GREFFIER. — Observations sur la même étude : *ibid.*, p. 121.
- LABBÉ. — Notes sous Sir. 71-2-57 et 81-2-229.
- LAURENT. — Le droit civil international : t. VII, n<sup>os</sup> 385 et suiv.
- LAURIN. — Cours élémentaire de droit commercial : n<sup>os</sup> 1251 et suiv.
- LAURIN. — De la suppression du droit du créancier hypothécaire sur l'indemnité d'assurance du navire : *Revue internationale de droit maritime*, 3<sup>me</sup> ann., p. 231.
- LÉVEILLÉ. — Notre marine marchande et son avenir.
- LEVILLAIN. — Note sous Dal. 86-1-113.
- LOUET et BRODEAU. — Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris, etc.
- LYON-CAEN. — Deux articles dans la *Gazette des Tribunaux* : n<sup>os</sup> des 1<sup>er</sup> et 2 avril 1875.

- LYON-CAEN. — Notes sous Sir. 77-2-129 et 80-1-257.  
— Notice et notes sur la loi belge du 21 août 1879 :  
*Ann. de législ. étr.*, 9<sup>me</sup> ann., p. 503.
- LYON-CAEN. — Études de droit international privé maritime :  
*Journal de droit intern. pr.*, 1877, p. 479 et suiv., 1882,  
p. 241 et suiv.
- LYON-CAEN. — Examens doctrinaux : *Rev. crit.*, 1886, p. 349, et  
1887, pp. 632 et suiv.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Précis de droit commercial : T. II.
- D. MACLACHLAN. — A treatise on the law of Merchant Shipping.
- MASSIGLI. — Hypothèque maritime : *Rev. crit.*, 26<sup>e</sup> ann. (nouv.  
série, t. VI). p. 350.
- R. MILLET. — Étude sur l'hypothèque maritime : *Bull. de la  
Soc. de législ. comp.*, t. III, p. 94.
- R. MILLET. — De l'hypothèque maritime et de ses applications  
pratiques : *Journal du droit internat. pr.*, 2<sup>me</sup> ann., p. 93.
- L. MOREL. — Quelques réflexions sur la loi de 1874 : *Rev. prat.*,  
t. XXXIX, p. 5.
- T. MOREL. — Commentaire théorique et pratique de la loi du  
10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime.
- PARSONS. — A treatise on the law of shipping : t. I.
- PAULMIER. — Étude sur l'hypothèque maritime.
- RENAULT. — Examen doctrinal : *Rev. crit.*, 30<sup>me</sup> ann. (nouv. série,  
t. X.) p. 481.
- ROLLET. — Notice sur les principales lois promulguées à Ham-  
bourg en 1885 : *Ann. de législ. étr.*, 15<sup>me</sup> ann., p. 165.
- RUBEN-DE-COUDER. — Dictionnaire de droit commercial : t. IV,  
V. Hypothèque maritime.
- SARRUT. — Voy. *la Loi*, n° du 22 mai 1881.
- SERRA-VERDALET. — La hipoteca marítima : *Revista general de  
legislacion y jurisprudencia*, t. LXVIII (ann. 1886), p. 261.
- DE VALROGER. — Droit maritime : t. III.  
— — Du projet de loi sur l'hypothèque mariti-  
me : *Rev. prat.*, t. XXXV, p. 82.
- VIDARI. — Corso di diritto commerciale : liv. III, 3<sup>me</sup> partie, tit.  
prélim., chap. 1<sup>er</sup>, sect. I, n° 2813 et suiv. (t. V, p. 528).

Thèses :    HERBAULT (Douai, 1876).  
              CAILL (Paris, 1876).  
              MALLET (Paris, 1876).  
              LA BORDE (Paris, 1881).  
              JEANBERNAT (Paris, 1881).  
              LEBLEU (Douai, 1883).  
              D'ARGENCÉ (Rennes, 1883).  
              AMBELOUIS (Paris, 1887).  
              MORAND (Paris, 1888).

---

## INTRODUCTION

### § 1. — *Utilité de l'hypothèque sur navires.*

Si nos législateurs ont jamais perdu une occasion de s'abstenir de faire une loi inutile, c'est le jour où ils adoptèrent et réglementèrent l'hypothèque sur les navires. Ils cédaient, il est vrai, en introduisant cette institution dans notre droit, aux sollicitations des tribunaux et chambres de commerce de nos grands ports (1) ; mais un sentiment plus exact des besoins de notre marine marchande aurait dû leur faire apprécier l'insuffisance du remède : ils auraient dû surtout prévoir à quels obstacles se heurterait l'application de leur loi, par l'inquiétude qu'elle allait faire naître, par les embarras qu'elle allait susciter.

Le mal dont souffrait, dont souffre encore notre marine, c'est le manque de fret ; et la loi du 19 mai 1866 était venue aggraver encore l'état des choses, en abolissant les surtaxes de pavillon, et en laissant ainsi nos armateurs désarmés en face de la concurrence étrangère. Ceux-ci sentirent tout d'un coup le besoin urgent de transformer leur matériel, devancés comme ils l'étaient en confortable, en vitesse et en bon marché par les autres nations ; mais réduits à leurs propres forces, sans même le secours de ces primes à l'armement que leur a

1. Gonse : *Rev. Crit.*, *loc. cit.*, p. 202.

allouées la loi du 29 janvier 1881, sans argent, sans crédit, ils ne pouvaient soutenir la lutte.

Dès lors on crut leur procurer du fret en leur fournissant du crédit : c'était une première erreur. Seconde erreur : on crut leur fournir du crédit en leur permettant d'hypothéquer leurs navires.

Quel avantage pouvaient-ils retirer des nombreux capitaux qu'on prétendait mettre à leur disposition, si les nouveaux bâtiments à la construction desquels devaient contribuer ces capitaux étaient forcés, faute de fret de sortie, de faire comme leurs aînés : rester dans les ports, ou en sortir sur lest ou à moitié vides (1)? Pour vivre exclusivement sur un fret d'entrée qu'il faut chercher au loin sans être sûr de le trouver toujours, on devait exiger des prix de transport supérieurs à ceux dont se contente la marine anglaise (2); et ces prix s'augmentent encore du montant des intérêts à payer aux prêteurs hypothécaires ou autres. Il y a longtemps qu'on l'a dit, « s'il n'y avait pas de marchands personne ne serait dans le cas de faire des navires » (3); et c'est bien moins le crédit qui déterminera les bénéfices, que les bénéfices qui feront venir le crédit.

Il faut pourtant ne rien exagérer, et reconnaître que, tout commerce et toute industrie ayant besoin d'argent pour prospérer, il serait bon d'attirer vers la marine l'épargne française, qui s'y intéresse peu et a peu de goût pour la mer (4) : mais n'est-ce pas là moins une question

1. Bédarride : *op. cit.*, n° 31.

2. *Ibid.*, n° 43.

3. Consulat de la mer, chap. CXC : Pardessus, *Collection des lois maritimes*, t. II, p. 249.

4. Mallet : *thès. cit.*

de législation que de mœurs à réformer ? Qu'il soit regrettable de voir que les capitaux engagés dans l'industrie navale sont immobilisés (1), et qu'il y ait là une situation dont il faille se préoccuper pour tâcher d'y porter remède, j'en conviens. Que l'organisation de l'hypothèque soit la solution indiquée, je ne le crois pas. « On se ferait sans doute de très grandes illusions, » disait en juin 1873 la chambre syndicale de la Société Marseillaise pour le développement et la défense du commerce et de l'industrie, « si l'on supposait que l'intervention du crédit hypothécaire aura une influence décisive sur l'avenir de l'industrie maritime, et que la loi proposée inaugurerait une ère nouvelle. » Je vais plus loin, et je veux démontrer, par le raisonnement d'abord, par les faits ensuite, qu'elle ne pouvait être à notre marine d'aucun secours.

Un armateur a besoin d'argent. Dès lors, de deux choses l'une : ou bien, le monde des affaires le considérant comme solvable, il puisera dans cette solvabilité même tout ce qui dans le commerce attire et motive la confiance, et il trouvera à emprunter sur sa seule signature ; où en serait le commerce, en effet, si les banquiers ou les prêteurs ne consentaient à avancer des fonds que contre une sûreté réelle (2) ? Bien plus, à contracter des emprunts hypothécaires, un armateur se discréditera aussitôt : on a été, paraît-il (3), jusqu'à se demander si, en cas de faillite, la date de la cessation des paiements ne devait pas être reportée au jour du premier de ces emprunts.

1. Lèveillé : *op.cit.*, n° 46.

2. Bédarride : *op. cit.*, n° 49.

3. *Ibid.*, n° 26.

Ou bien, la solvabilité douteuse de notre armateur le privant de tout crédit personnel, il suffira qu'il paraisse avoir besoin d'argent pour n'en plus trouver sans offrir de garanties accessoires (1) : est-ce l'hypothèque qui lui permettra de se procurer les ressources nécessaires ?

La nature même de la chose hypothéquée, les périls incessants qu'elle court, la perte à brève échéance de sa cote au bureau Veritas; d'autre part la difficulté de réalisation d'un tel gage, les longs délais nécessaires pour le faire saisir et vendre lorsque son propriétaire l'a envoyé aux antipodes, à seule fin peut-être de le soustraire plus longtemps à toute poursuite; cette répugnance instinctive enfin qu'éprouve l'argent français pour les choses de la mer, et dont je parlais tout-à-l'heure : tout cela ne faisait-il pas assez prévoir un résultat que les faits ont confirmé ? Comment compter sur une sûreté aussi fragile, alors que l'hypothèque immobilière elle-même fait éprouver tant et de si fréquents déboires aux prêteurs (2) ?

Inutile aux uns, impossible aux autres, l'hypothèque sur les navires ne nuira-t-elle du moins à personne ? MM. Lyon-Caen (3) et Billette (4) pensaient qu'elle gênerait les opérations maritimes et serait une source d'embarras pour le commerce, mais ils n'en accusaient que les imperfections de la loi de 1874. La loi de 1885, nous le verrons, n'a pas fait mieux, et sur certains points ne pouvait mieux faire : c'est l'institution elle-même qui est mauvaise, et nous rencontrerons telles questions, comme

1. Millet : *Bull. de la Soc. de légist., loc. cit.*, p. 95.

2. Cf. Asser : *Bull. de la Soc. de légist. comp., loc. cit.*, p. 118.

3. Gazette des Tribunaux du 2 avril 1875.

4. *L'hypothèque maritime*, pp. 6 et suiv., 57 et suiv.

la subrogation de l'indemnité d'assurance au navire notamment, et l'inscription sur l'acte de francisation, que la nature même du contrat empêche de résoudre dans un sens ou dans l'autre sans léser des intérêts également respectables, sans empêcher la loi par conséquent d'entrer dans la pratique des affaires.

Mais supposons qu'elle y soit entrée, comme on le désirait et l'espérait en 1874. Les fournisseurs ou les capitalistes, qui feront crédit au propriétaire d'un navire, auront à redouter de se voir primer par des inscriptions hypothécaires prises ultérieurement sur ce navire, s'il n'en a point encore été pris : supposons donc qu'ils ne consentent le prêt qu'en s'inscrivant aussitôt, dans la crainte de cette éventualité. Supposons en un mot que le navire soit grevé, outre les privilèges de l'article 191 C. Com., de plusieurs hypothèques, et qu'en cet état il rentre de voyage. Des réparations seront utiles, il faudra par exemple renouveler un doublage, changer telle partie du corps ou du gréement : comment l'armateur, qui ne peut plus se procurer d'argent qu'au moyen d'emprunts hypothécaires, trouvera-t-il les ressources nécessaires, si des hypothèques absorbent déjà plus ou moins la valeur du navire ? Faudra-t-il le vendre dans l'état où il se trouve, et que produira cette vente ? Quel sera le sort des créances inscrites, qui devront subir les effets de cette dépréciation et ne venir qu'après les divers privilèges ? En somme, quelle efficacité offrira la garantie d'une hypothèque ? Quelle confiance pourra-t-elle inspirer (1) ?

1. Bédarride : *op. cit.*, n° 4.

§ II . — *Résultats de l'hypothèque des navires.*

Ou s'était pourtant bercé d'illusions. L'hypothèque des navires devait être une utile réforme, destinée à servir puissamment les intérêts maritimes de notre pays (1). Le rapporteur de la loi de 1874 allait jusqu'à dire que le vote du projet serait un titre de plus que l'Assemblée Nationale se serait acquis à la reconnaissance publique (2).

La pratique est venue, mieux que le raisonnement, renverser brutalement ces espérances ; et nous n'en sommes plus à croire, avec M. Laurin (3), que les prêts hypothécaires sur navires tendent à entrer dans les mœurs commerciales et ne tarderont pas à se généraliser. Les statistiques (4) sont là pour démentir ces appréciations optimistes.

Sous l'empire de la loi de 1874, et dans un laps de plus de dix ans, nous comptons en tout 965 hypothèques inscrites pour 124 millions de francs environ, dont 148 en 1884 pour environ 27 millions (5), et 53 pour 4 millions dans le premier semestre de 1885. Puis, dès la promulgation de la loi de 1885, qui avait pour but de « permettre à l'institution de l'hypothèque sur navires de produire

1. De Valroger : *Bull. de la Soc. de legisl. comp.*, tome II, p. 322 ; cf. Lèveillé : *op.cit.*, nos 51-52.

2. *J. Off.*, n° du 28 juin 1874, p. 4421.

3. *Cours élém.*, n° 1252.

4. Voy. *Bulletin de statistique et de législation comparée publié par le ministère des finances* : livraison de juillet 1888, p. 54.

5. M. Desjardins se trompe donc quand il dit (*op.cit.*, n° 1204, p. 364) que les sommes prêtées dans les sept premiers mois de l'année 1884 excédaient 40 millions pour une centaine de prêts.

tout son effet » (1) on retombe à 31 inscriptions pour les six derniers mois de 1885, puis 92 en 1886 pour une somme inférieure à 19 millions, 84 en 1887 pour 13 millions, et 127 en 1888 pour 27 millions. En tout, pendant une période de 13 ans et 8 mois, 1299 hypothèques inscrites pour une somme de 177,899,248 fr. 77 c. dont il faut, pour ne tenir compte que de celles qui intéressent la navigation commerciale, retrancher : 1° les 196 hypothèques prises par l'État pour plus de 58 millions sur navires en construction, et même, comme nous le verrons (2) une grande partie des 54 hypothèques sur navires en construction que les statistiques indiquent comme prises par *des particuliers* ; 2° parmi les 1039 hypothèques inscrites pour 88 millions et demi sur des navires pourvus d'un acte de francisation, celles qui ont eu pour but de garantir des opérations étrangères au commerce maritime.

Voilà les résultats de l'hypothèque sur navires.

Ces armateurs, ces négociants, ces membres des tribunaux et chambres de commerce qui l'ont réclamée avec tant d'insistance, pourquoi ne s'en servent-ils pas ? A les entendre, on les aurait crus tous prêts à faire comme cet armateur que M. Laurin (3) a connu à Marseille, et qui, soupirant après la faculté d'hypothéquer ses navires, mais désespérant de se la voir jamais accorder par la loi française, mit son matériel sous pavillon anglais pour pouvoir contracter sur lui un *mortgage*.

On leur donne une loi, préparée de très longue main.

1. *Exposé des motifs de la proposition de loi* de MM. Godin et Penlevey : *J. Off.*, 1881, chambre, annexes, p. 41.

2. *Infra*, Chap. 2, § V, n° 30, *in fine*.

3. *Rev. intern.*, *loc. cit.*, p. 239.

Ils la critiquent : on la modifie. Elle n'est pas parfaite, mais elle est à peu près viable. Pourquoi n'en font-ils pas usage, sinon parce qu'ils n'en ont pas besoin, parce que ce n'est pas *cela* qu'il leur faut ? N'auraient-ils pas accepté sans tant de difficulté la gêne et les embarras qu'elle leur impose, si l'hypothèque présentait aux capitaux des garanties et des avantages suffisants pour les attirer vers la marine (1) ?

Et que l'on ne dise point que tout n'a pas été fait pour atteindre le but poursuivi. Il fallait, disait-on, que les opérations de crédit maritime ne fussent pas de simples accidents, qu'elles devinssent au contraire fréquentes, continues : il était nécessaire pour cela de créer une banque spéciale (2). Le Crédit Maritime de France est fondé quelques temps après la mise en vigueur de la loi, son objet est de prêter aux navires sur hypothèque : il ne parvient pas à trouver une clientèle, et, après avoir élevé son capital de 1 million à 16 millions, est déclaré en faillite le 18 mars 1885 (3). Un rapport fait en mai 1884 à l'assemblée générale des actionnaires de la Banque Maritime constate que cette banque est désormais la seule à pratiquer les hypothèques sur navires.

Dans les pays étrangers, dont on invoquait l'exemple sans trop les connaître, les établissements de crédit maritime ne paraissent pas très nombreux (4), et l'on a plus confiance en général dans le crédit personnel que dans le crédit réel. Il est donc tout-à-fait inexact de dire, comme

1. Billelte, *Révision*, p. 8.

2. Lèveillé : *op. cit.*, n° 52 ; cf. Bédarride, T. Morel, etc...

3. Desjardins : *op. cit.*, p. 366, note 1.

4. Millet : *Bull.*, p. 111 ; Bédarride : *op. cit.*, n° 27.

faisait M. Le Cesne dans son exposé des motifs en 1876 (1), que le régime hypothécaire a doté les marines étrangères de puissants moyens d'action.

Pour l'Angleterre et les États-Unis, nous avons les renseignements les plus divergents (2), mais il ne faut pas oublier que l'on n'en est pas dans ces pays à chercher les moyens de créer ou de raviver une marine compromise (3).

Il est fait un usage assez restreint de l'hypothèque sur navires aux Pays-Bas (4) : de même, paraît-il, en Belgique.

En Danemark, où existent un grand nombre de combinaisons permettant d'asseoir sur les navires une garantie réelle, c'est celle qui se rapproche le plus de l'hypothèque proprement dite, qui est la moins usitée (5).

De même que Serra Verdalet voyait dans l'hypothèque une des institutions les plus utiles et les plus urgentes pour rendre à la marine Espagnole de nouveaux jours de gloire, et retrouver le temps où elle faisait l'étonnement du monde entier, de même Vidari pensait qu'avec une loi bien faite sur cette matière on pourrait attendre avec confiance que l'Italie retournât à cette splendeur à laquelle son histoire, sa position géographique et le caractère de ses habitants lui donnent un droit incontestable. L'hypothèque des navires n'existe pas encore en Espagne ; mais en Italie, où elle fonctionne sous le nom de gage (*pegno maritimo*), elle est loin de

1. *J. Off.*, n° du 3 juil. 1876 p. 4786.

2. Millet : *op. et loc. cit.*; Bédarride, n° 51 ; Valroger : *Droit marit.*, t. III, p. 179.

3. Greffier : *op. cit.*, p. 125.

4. Asser : *op. cit.*, p. 118.

5. Millet : *J. de dr. intern.*, p. 100.

rendre les services que l'on attendait d'elle : il en est fait très peu d'usage, et, chose remarquable, les négociants italiens attribuent cela à la *décaulence de la marine marchande* (1).

D'ailleurs le succès même de l'institution à l'étranger n'eût pas été concluant : des mœurs, des conditions de développement différentes, pouvaient faire réussir en tel pays ce qui était voué en tel autre à un échec complet (2).

### § III. — *Les précédents de l'hypothèque sur navires.*

Les promoteurs de la loi de 1874 n'invoquaient pas seulement l'exemple de l'étranger. Ils croyaient trouver en France même un indice de la bonté de leur système, dans une prétendue coutume d'engager les navires à défaut d'hypothèque possible.

Avant 1874, l'armateur qui voulait se servir de son matériel comme d'un moyen de crédit ne pouvait qu'emprunter à la grosse ou donner un navire en nantissement. Mais le prêt à la grosse était une opération onéreuse, ruineuse même comme moyen ordinaire de crédit (3), et peu pratique sauf en cours de voyage. De plus le prêteur y devient en quelque sorte un associé de l'entreprise, la perte du navire le laissant sans recours : ce

1. Ces renseignements m'ont été fournis par une communication de la chambre de commerce de Gênes, que M. le président de la chambre de commerce italienne de Paris a bien voulu porter à ma connaissance.

2. Gianquinto : *op. cit.*, p. 16 ; — Greffier : *op. et loc. cit.*, p. 125.

3. Valin : tome II, p. 24, sur l'art. 18 du tit. 5 du liv. III de l'Ordonnance de la Marine.

n'est pas là un placement de fonds, mais une spéculation qui présente une grande analogie avec un armement(1). Le privilège du prêteur à la grosse pour prêts faits avant le départ, privilège supprimé par les articles 27 de la loi de 1874 et 39 de la loi de 1885, n'était même pas pour lui une garantie sérieuse de remboursement: tous les prêteurs avant départ, — et leur nombre était inconnu faute de publicité (2), — venaient en concurrence (3), et de plus ils étaient primés (art. 323, al. 2, C. Com.) par tous ceux qui avaient fait postérieurement des prêts à la grosse en cours de voyage, empêchant ainsi leur gage de périr.

Restait donc le nantissement des articles 2073 à 2084 Cod. civil, 91 à 93 Cod. Com. ; mais « navis ad hoc paratur, ut naviget » (4), et, cette destination s'opposant à la remise matérielle exigée par l'article 2076 Code civil, on avait dû recourir à des expédients que nous étudierons plus loin : vente fictive avec contre-lettre, ou double inscription sur l'acte de nationalité et les registres de la douane. C'est dans l'emploi de ces expédients qu'on a voulu voir une indication sur les desiderata du commerce maritime : on avait vraiment besoin de se servir des navires comme d'un moyen de garantie réelle, puisqu'on tournait la loi pour atteindre ce but.

On faisait cela, en effet, mais ce n'était rien moins qu'un usage : ce nantissement plus ou moins déguisé

1. Gonse : *Revue crit.*, *loc. cit.*, p. 205.

2. La formalité de l'art. 312. C. Com. n'est pas une véritable formalité de publicité (Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, n° 2400.)

3. Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, n° 2320.

4. Ulpien : fr. 12 § 1, *de usufr. et quemadm.*

était en somme, comme on l'a dit, un expédient auquel avaient recours quelques rares négociants besogneux. L'hypothèque ne l'a d'ailleurs pas remplacé, comme le prouve un arrêt assez récent de la Cour de Cassation (1). En tous cas il n'était nullement indiqué que l'on dût prendre texte de son emploi accidentel pour organiser l'hypothèque des navires, institution nouvelle, qui devait être mal accueillie par la pratique commerciale comme tout ce qui n'en est pas une émanation directe et spontanée. Or, la loi sans la pratique qui la précède n'est qu'une formule jetée au hasard (2).

Ici, point de véritable coutume antérieure dont on aurait simplement émis la formule législative; point d'enseignement à demander non plus aux documents de notre ancien droit.

Depuis un édit rendu à Vincennes le 8 octobre 1666 (3), qui vint décider « qu'à l'avenir tous les navires, frégates, batteaux et autres vaisseaux de quelque grandeur, nature et qualité qu'ils puissent être », seraient « censez et réputez meubles, sans qu'ils puissent... être chargez ni rendus susceptibles d'aucunes hypothèques, saisis, vendus ou ajugez, ni les deniers qui en proviendront distribués d'autre façon ni manière que ceux qui proviennent des autres meubles »..., — les tribunaux jugèrent que « le créancier ne peut pas suivre par hypothèque le navire vendu par son débiteur, entre les mains de l'ache-

1. Req. rej. 11 fév. 1885 : Sir. 86-1-117 ; *add.*, Sir. 85-2-132.

2. Dufour : *op. cit.*, tome I, p. 22.

3. Isambert : tome XVIII, p. 89.

teur » (1). Les hypothèques en effet étaient occultes, et l'acquéreur d'un navire se trouvait ainsi exposé sans cesse à voir un créancier hypothécaire exercer un droit de suite qu'il n'avait pu soupçonner (2) ; or, comme dit le préambule de l'édit de 1666, « il importe pour la liberté de la navigation, que les vaisseaux puissent être négociés, achetés et vendus promptement en toutes sûretés. »

Ce même préambule nous dépeint sous les couleurs les plus sombres les résultats antérieurs de l'hypothèque sur les navires, mais je ne connais pas de documents permettant de contrôler l'exactitude de ce tableau.

Quant à l'histoire de ce mode de garantie jusqu'en 1666, elle est sans intérêt pratique en présence des changements si profonds survenus depuis lors dans les modes de navigation et dans les conditions de développement du commerce maritime. Je me bornerai donc à signaler tout ce qui est, sinon utile, du moins curieux à connaître sur l'ancien droit en cette matière.

Pour la France, c'est surtout en Provence que, d'après l'édit de Vincennes, existait l'usage de considérer les navires et toutes sortes de vaisseaux au-dessus d'un certain prix comme susceptibles d'hypothèque. Mais il en était de même en Bretagne, en Normandie, et dans les pays du ressort du Parlement de Bordeaux. Ces coutumes admettaient, il est vrai, l'hypothèque sur toutes espèces de meubles, ainsi que le constate un arrêt du Parlement de

1. Arrêt du 14 janvier 1677 : J. de Catellan, *Arrests remarquables du Parlement de Toulouse*, liv. V, chap. 33 ; — cf. Louet et Brodeau, *op. cit.*, lettre M, Sommaire X, n° 27 (tome II, p. 160).

2. de Valroger : *Droit marit.*, t. III, p. 171.

Paris rendu le 17 juillet 1635 (1) sur appel d'une sentence du juge de Bagnols : « La Cour, considérant qu'en pays de droit écrit il n'y a point de discussion à l'égard des meubles, sur lesquels aussi bien que sur les immeubles il y a hypothèque au profit des premiers créanciers, etc... » (2). Toutefois il est inexact de dire avec Cresp (3) que l'hypothèque sur les navires était en ces provinces une simple application de la faculté d'hypothéquer les meubles. En effet, si l'art. 593 de la Coutume de Normandie, notamment, dispose que « en discussion des biens meubles, les derniers sont distribués aux créanciers selon l'ordre de priorité et postériorité », Basnage (4) l'explique ainsi :

« Nous avons deux espèces de biens, les meubles et les immeubles ; et quoique les uns et les autres soient susceptibles d'hypothèque, néanmoins quand il s'agit de leur discussion, l'on ne suit pas toujours les mêmes principes...

« En Normandie nous suivons une jurisprudence moyenne entre le Droit Romain et la Coutume de Paris ; le meuble qui n'est plus en la saisine de l'obligé, et dont il a disposé sans fraude, n'a point de suite par hypothèque,

1. Et non le 17 *janvier*, comme l'indique par erreur le recueil de Louet et Brodeau (let. M, somm. VIII, n° 5 : tome II, p. 148) : « Le mardi 17 janvier 1635 », y lit-on, « il a été jugé ».... ; or le 17 janvier était un mercredi.

2. Bardet : *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, tome II, liv. IV, chap. 23.

3. *Op. cit.*, chap. III, § 4.

4. *Traité des hypothèques*, partie I<sup>re</sup>, chap. 9 ; — cf. Berault : *op. cit.*, sur l'art. 519 ; — *add.*, Arrêt du Parlement de Rouen, du 20 novembre 1669, rapporté par Louet et Brodeau : *op. cit.*, let. M, somm. II, n° 6 (tome II, p. 105).

comme il avait par les Loix Romaines ; mais lorsqu'il est saisi sur le débiteur, l'ordre des hypothèques est conservé. »

A cette maxime généralement reconnue, que *les meubles n'ont suite par hypothèque*, la jurisprudence fit exception pour les navires (1) : on soutint qu'à raison de leur importance, ceux-ci devaient, au point de vue de l'hypothèque, être soumis au même régime que les immeubles, et que l'hypothèque sur un navire devait donner un droit de suite. C'est ce que décidait d'Argentré (*op. et loc. cit.*), et ce que jugèrent des arrêts du 10 janvier 1531, et du 14 avril 1541 (2). C'est donc bien en tant que *réputés immeubles*, que les navires étaient susceptibles d'hypothèque en ces pays ; et ce fut seulement après l'édit de 1666 que, devenus meubles à tous les points de vue, ils ne purent plus être hypothéqués que *comme tels*, c'est-à-dire sans droit de suite, dans les coutumes qui admettaient l'hypothèque des meubles (3).

Cleirac (4) nous dit que « les navires sont véritablement meubles, et comme tels sont incapables d'inféodation et d'imposition de servitudes » ; mais que, « au regard des hypothèques, et de la suite d'icelles un navire est *censé immeuble*, et fut ainsi jugé par arrêt d'audience, en la Grand Chambre du Parlement de Bourdeaux, le 26 juin 1612. »

Patou nous indique, en ses *Commentaires sur les coutu-*

1. De Valroger : *Revue prat.*, *loc. cit.*, p. 84.

2. De Valroger : *Droit marit.*, t. III, p. 171.

3. Laurin sur Cresp : *op. cit.*, chap. III, note 28.

4. *Op. cit.*, art. V, n<sup>os</sup> 11-12.

*mes de la ville de Lille et de sa châtellenie* (1), pour quelles raisons spéciales les bateaux en ce pays étaient considérés comme non susceptibles de suite par hypothèque : c'est que les hypothèques devaient être prises pardevant l'échevin du lieu de la situation, et que les navires n'ont pas de situation fixe : « Comment concevoir qu'une hypothèque puisse les suivre d'un lieu à l'autre ? »

Il résulte de nombreuses citations faites par Gianquinto (*op. cit.*, pp. 35-36) que l'hypothèque sur les navires était couramment admise en Hollande aux <sup>xvi</sup><sup>e</sup> et <sup>xvii</sup><sup>e</sup> siècles : les navires, à cause de l'immensité de leur prix, étaient censés immeubles, alors que certaines maisons bâties seulement de bois et de terre étaient réputées meubles (2).

Pour les pays du Nord (Mer Baltique), le statut de la ville de Wisby, capitale de l'île Gothlande (<sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle), n'admettait qu'un nantissement, qui devait être attesté « par des témoins suffisants ; sans cela le gage ne s'établissait point. — Celui à qui on donne un navire en nantissement doit avoir soin de se faire délivrer les voiles et le gouvernail, s'il ne veut pas en être privé (3). »

Le Code du duché de Prusse de 1620 (4) admet implicitement l'hypothèque sur les navires. De même à Lübeck

1. Tit. VIII, art. 1<sup>er</sup> (glose 1, n° 17-18, et glose IV, n° 4), et art. 2 (glose I, n° 18).

2. Louet et Brodeau : *op. cit.*, let. M, somm. XIII, n° 2 (t. II, p. 167); cf. deux résolutions du Sénat d'Amsterdam, en dates du 10 janv. 1531 (Handvesten, t. II, p. 526) et du 9 janv. 1570 (Pardessus : *op. cit.*, t. IV, p. 122, texte et note 1).

3. Liv. III, 3<sup>me</sup> part., ch. 14 : Pardessus, *op. cit.*, t. III, p. 121.

4. Liv. IV, tit. 19, art. 4, § 1 ; *ibid.*, p. 486.

le Code de 1240, qui décide (1) que « si quelqu'un, après avoir hypothéqué son navire, le conduit en un lieu étranger et le vend, le navire cesse d'être le gage du créancier ; mais si le navire revient dans la Trave, il redevient le gage du créancier comme avant son départ. »

La loi maritime de Hambourg allait jusqu'à déclarer expressément dans son article 1<sup>er</sup> que les navires étaient des immeubles, et pourtant Loccennius (2) admettait bien avec Stypman (3) l'hypothèque conventionnelle des navires mais repoussait l'hypothèque tacite.

Notons enfin que Casaregis (4) admettait implicitement la constitution d'hypothèques sur les navires (5).

---

Il me reste, avant d'entreprendre l'étude des lois de 1874-1885, à indiquer dans quel esprit cette étude est faite, et à expliquer comment et pourquoi certaines lacunes voulues lui ôteront toute apparence d'un traité didactique.

Je n'ai pas la prétention de présenter un commentaire complet de ces deux lois et des textes qui s'y rapportent. J'omettrai souvent les dispositions spéciales et de détail qui, très importantes au point de vue d'une connaissance pratique de l'hypothèque des navires, ne sauraient être pour moi qu'un prétexte à résumer ou à reproduire par

1. Art. 146 : *ibid.*, p. 402 ; cf. Code de 1586, liv. III, tit. 4, art. 6 : *ibid.*, p. 437.

2. *De jure maritimo*, lib. III, cap. 2, n° 11.

3. *Jus maritimum*, part. III, cap. 3, nos 48 et 64.

4. *Discursus XVIII de Commercio*, nos 1, 3, 6.

5. Voy. encore : *Règlement de procédure des consuls de Valence*, chap. 34 (Pardessus ; *op. cit.*, t. V. pp. 389-390)

fragments les ouvrages très complets, et généralement bien faits, déjà écrits sur cette matière.

Je m'attacherai surtout à dégager les controverses soulevées par la pratique ou par la doctrine, et, dans un autre ordre d'idées, à signaler les dispositions inutiles ou nuisibles et à apprécier les modifications proposées. J'indiquerai enfin les dispositions des lois étrangères relatives à l'affectation hypothécaire des navires ; et j'étudierai sommairement, dans un court appendice, les difficultés d'application que fait naître la coexistence de ces lois et de la nôtre.

Quant à la terminologie, je crois devoir m'écarter sur un point de celle qu'emploie les textes. Une fois admis le terme d'*hypothèque*, on ne paraît pas s'être préoccupé de savoir si la qualification de *maritime* était la plus exacte à lui donner, et cet adjectif a été adopté spontanément. Sans demander que l'on change une façon de parler que l'usage a consacrée chez nous et qui n'est susceptible de causer aucune confusion (1), nous remarquerons avec Gianquinto (*op. cit.*, p. 25, note 1) que l'appellation de *navale* serait plus exacte, parce que l'hypothèque porte exclusivement sur les navires et non sur tous les objets maritimes. Mais pourquoi employer cette expression d'*hypothèque navale*, inconnue de la pratique, ou celle plus inexacte d'*hypothèque maritime* ? Les mots *hypothèque sur les navires* ont l'avantage de la clarté pour tous sans amphibologie pour personne : c'est ceux dont je continuerai à faire usage.

1. Berge, *op. cit.*

---

## CHAPITRE I<sup>er</sup>

### DES CARACTÈRES DE L'HYPOTHÈQUE SUR NAVIRES.

§ 1. — *Les lois de 1874-1885 ont organisé une hypothèque véritable.*

1. — Quoiqu'il en soit des affirmations du rapporteur de la loi de 1874 sur la manière de procéder adoptée au sein de la commission (1), c'est bien une hypothèque véritable qui était organisée, rompant ainsi avec la règle de l'article 2119 C. Civ.

« Les navires sont meubles », répètent, après l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681 (liv. II, tit. 10, article 1<sup>er</sup>), les articles 531 C. Civ. et 190 C. Com. ; en effet, « les choses qui se peuvent remuer de place en autre, sans despecer, quoy qu'elles soient grandes et amples, sont meubles (2) » ; et ce caractère mobilier était pour beaucoup de gens un obstacle insurmontable à l'admission de l'hypothèque. C'est ainsi que la commission chargée en 1865 d'élaborer un projet de refonte du livre II du Code de commerce se demandait « si la constitution de l'hypothèque sur les navires, que la loi déclare meubles, n'est pas une grave atteinte portée à ce principe fondamental (que les meubles n'ont pas de suite) ». De même

1. *J. Off.*, n° du 28 juin 1874, p. 4414.

2. Guy Coquille : *Commentaire sur la Coutume du Nivernais*, chap. 26, art. 8.

le rapport fait en 1864 à la Chambre des Représentants de Belgique, sur le premier projet de révision du livre II du Code de Commerce, contenait ces mots : « L'hypothèque et le droit de suite qui y est attaché ne peuvent avoir pour objet que des immeubles ; l'autoriser sur un navire qui a essentiellement le caractère de meuble, ce serait se mettre en contradiction avec une règle de législation des plus élémentaires ». Mais la commission française de 1865 répondait aussitôt, pour calmer ces scrupules : « L'hypothèque ne fera pas autre chose que de concéder par une convention les deux droits de suite et de préférence que déjà la loi maritime accorde aux créanciers sous le nom de privilège. L'établissement de l'hypothèque sur les navires reste donc, comme toutes les innovations, discutable quant à sa nécessité ; mais au moins on ne saurait l'accuser d'introduire dans nos lois des combinaisons sans précédent, qui en détruiraient l'économie et l'unité. »

2. — Tantôt c'est devant l'hypothèque elle-même que l'on recule, comme en Espagne (Code de commerce du 22 août 1885), en Portugal, en Norvège, à Brême, en Turquie (Code de commerce maritime de 1864), en Égypte (Code de commerce maritime du 13 novembre 1883), dans la Louisiane.

Tantôt c'est seulement devant la dénomination : le Code de commerce Italien de 1882, la loi de Hambourg du 27 avril 1885, parlent de *gage* ; le Code de commerce des Pays-Bas, le Code maritime de Finlande du 9 juin 1873, parlent de *privilège* ; mais sous ces divers noms est organisé en ces pays un vrai système hypothécaire (1).

1. M. Desjardins affirmait en 1886 (*op. cit.*, p. 372) que l'hypothèque des navires n'avait pas été admise à Hambourg ; et il

D'autres, comme les lois de la France, de la Belgique (loi du 21 août 1879, art. 1<sup>er</sup>), de la Suède (Code maritime du 23 février 1864), du Bas-Canada (Code civil de 1866), de l'Uruguay, n'hésitent pas à déclarer résolument et sans ambages (1) les navires susceptibles, *quoique meubles* (2), d'être hypothéqués.

§ II. — *Du gage appliqué aux navires.*

3. — Se contenter du gage proprement dit, avec tradition effective, excluant le débiteur de la disposition du navire pour la faire passer au créancier, ne peut se concevoir que dans ces pays du Nord où la navigation est souvent interrompue par les glaces qui rendent le navire immobile (3). C'est ainsi que le Code Norvégien, dans son article 101, parle du créancier qui a un droit de *nantissement* sur le navire ou sur la cargaison, et ne mentionne pas l'hypothèque (4). Même possibilité, en Danemark, d'engager effectivement son navire.

Cette possibilité n'est que théorique en France, où « *navis non venit appellatione mercis, licet sit mobilis* » (5). » Congoît-on en effet un prêt ayant pour but de citer la satisfaction qu'avait éprouvée à le constater, en juin 1868, un congrès d'armateurs réuni dans cette ville. La loi du 27 avril 1885 était venue, à l'insu de M. Desjardins, modifier cet état de choses.

1. Vidari : *op. cit.*, n. 2816, p. 536.

2. Laurin sur Cresp : *op. cit.*, chap. III, note 31.

3. T. Morel : *op. cit.*, p. 16.

4. Cf. droit brémois : nécessité d'une mise en possession (tribunal supérieur hanséatique, 26 janv. 1885 : *Journal du droit international privé*, 1887, p. 632).

5. Mornac, cité par Valin : sur le liv. II, tit. 40, art. 1 de l'Ordonnance.

faciliter certain voyage, et, comme garantie de ce prêt, cette clause : que le prêteur sera mis en possession, de façon à pouvoir le retenir au port, de l'objet qui précisément doit effectuer le dit voyage ? Autre impossibilité : comment l'un de plusieurs copropriétaires d'un navire pourrait-il engager *réellement* sa part de copropriété ?

4 — On avait donc avant 1874 imaginé, comme je l'ai indiqué plus haut, divers procédés de nantissement fictif.

Tantôt, ne pouvant remplacer la mise en possession réelle par la remise du titre de propriété (1), car l'art. 226 C. Com. prescrit au capitaine *d'avoir à bord* le titre de propriété du navire et l'acte de francisation, on se contentait de la double transcription du contrat de gage sur les registres de la douane et sur l'acte de la nationalité. Ce fut là plus tard, nous le verrons, les deux formalités essentielles de publicité prescrites par la loi du 10 décembre 1874 pour l'hypothèque : suffisaient-elles pour qu'il y eût légalement constitution de gage ?

Il est permis d'en douter ; car la loi exige le transfert de possession et non pas simplement la publicité ; or on ne peut pas dire ici que le débiteur soit dépossédé ni que le créancier possède (2).

5 — Pour mettre le créancier en possession du navire lui-même, on imagina donc de faire une vente simulée, ou vente du navire par le débiteur à son créancier pour le montant du prêt, avec contre-lettre constatant que le contrat ne devait avoir entre les parties que l'effet d'un simple gage. Mais la contre-lettre n'empêchait pas le cré-

1. Cf. art., 92 *in fine*, C. Com.

2. Laurin sur Cresp: *op. cit.*, chap. III, note 34, § 4.

ancier, acheteur apparent, de disposer valablement du navire en vertu de l'art. 1321 C. Civ : c'était donc violer ce principe essentiel de notre droit qui défend au créancier gagiste de disposer de l'objet du gage sans les formalités ordinaires (1). De plus cela pouvait nuire à tout le monde: prêteur, emprunteur, créanciers antérieurs.

Le prêteur d'abord se trouvait armateur malgré lui et souvent à son grand préjudice (2) : il ne pouvait plus saisir le navire, qui au contraire ne pouvait être saisi et vendu que sous son nom, et cela par tous les autres créanciers même chirographaires de son débiteur, sans qu'il puisse participer à la distribution du prix ; il était civilement responsable des faits du capitaine et tenu des engagements pris par lui, et l'abandon du navire et du fret (art. 216 C. Com.) ne le libérait qu'au prix d'une double perte, perte de son gage et perte du montant du fret non perçu.

L'emprunteur, de son côté, voyait le prix du service à lui rendu par le prêteur augmenter en proportion des périls de la situation de celui-ci ; et de plus, quelque différence qu'il y eût entre le prix de vente simulé et la valeur du navire, il ne trouvait plus à emprunter sur cet excédent de valeur.

Enfin ses créanciers antérieurs voyaient leurs privilèges éteints par un voyage accompli sous le nom et aux risques de l'acquéreur sans opposition de leur part, à moins toutefois de prouver l'existence de la contre-lettre, car

1. Boistel: *op. cit.*, p. 859, note 4.

2. Gonse : *Revue crit.*, *loc. cit.*, p. 206.

celle-ci pouvait être opposée aux parties par les tiers (1). — La jurisprudence admettait assez généralement la validité de cette opération, l'affirmant même sans la discuter, comme dans les décisions suivantes : Com. Havre, 18 août 1874 (*Journal du Havre*, 75-1-5) ; Rouen, 2 mars 1875 (*ibid.*, 75-2-67) ; Civ. rej. 27 février 1877 (*Dal.*, 77-1-209).

6. — Le gage appliqué aux navires est d'ailleurs encore possible en droit depuis 1875, et un arrêt de la Cour de Cassation cité plus haut (Req. rej., 11 fév. 1885) nous montre même que l'admission de l'hypothèque ne l'a pas fait complètement disparaître en fait. La question pouvait pourtant se poser, et on la discute, paraît-il, en Allemagne (2), de savoir si l'on peut à son choix constituer un navire en gage ou l'hypothéquer.

Pour les navires de moins de vingt tonneaux, pas de question : on peut toujours les constituer en gage, et on ne peut faire que cela (loi de 1885, art. 36). Mais ceux qui ont vingt tonneaux et plus, et qui comme tels sont susceptibles d'hypothèque, peuvent-ils être néanmoins constitués en gage ? L'arrêt cité de février 1885 l'admet sans controverse et sans difficulté ; et pourtant ne doit-on pas considérer comme un principe de notre législation, qu'il est impossible de faire d'un même bien, à son choix, l'objet de l'une ou de l'autre de deux garanties réelles qui s'appliquent respectivement, et par leur nature même, à des biens différents ?

Non, ce principe n'est écrit nulle part (3). Notre légis-

1. Laurin sur Cresp : *op. cit.*, chap. III, note 34, § 4 (t. I, p. 131 : texte et note).

2. Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, t. II, p. 508, note 4.

3. Lyon-Caen : *Revue crit.*, 1886, p. 350.

lateur n'a pas, pour les rendre susceptibles d'hypothèque, déclaré immeubles les navires de vingt tonneaux et au-dessus; il a au contraire permis de les hypothéquer quoique meubles, les laissant dès lors soumis *comme tels* à toutes les règles qui gouvernent les meubles et auxquelles il n'a pas été expressément dérogé, à leur égard, par le Code de Commerce ou par des lois spéciales.

7. — C'est là la solution adoptée en Belgique: le 14 avril 1888, la Cour d'appel de Bruxelles (1) a admis que les navires pouvaient, quoique susceptibles d'hypothèque, faire l'objet d'un nantissement.

La question serait plus délicate en Italie et dans certains pays allemands, notamment à Hambourg.

En Italie, le caractère mobilier incontesté des navires a fait, je l'ai déjà dit, conserver le nom de *gage* à une institution qui, véritable hypothèque, diffère du gage essentiellement (2); mais de ce que l'on a peut-être eu tort d'hésiter à mettre d'accord les mots avec les faits, de ce qu'on n'a pas eu le courage de donner à ce mode de garantie réelle le nom qui lui convient et qui dérive nécessairement de sa nature juridique intime (3), il ne résulte nullement qu'on ait le droit d'*engager* les navires selon d'autres règles que celles édictées pour le *gage* maritime. La loi, en édictant tout un ensemble de dispositions qu'elle déclare applicables au gage constitué sur des navires, semble par là-même exclure pour eux tous

1. *Revue internationale de droit marit.*, 4<sup>me</sup> ann., p. 83.

2. Vidari: *op. cit.*, n° 2815.

3. *Ibid.*, n° 2814.

autres procédés de nantissement, et notamment ceux admis pour les meubles en général.

Il en est à peu près de même à Hambourg, où la loi du 27 avril 1885 porte pour titre : Gesetz Betreffend die *Verpfandung* von Schiffen. Le mot *hypothèque* se dit en allemand *Hypothek*, au lieu que *Pfand* signifie *gage* : or il s'agit en réalité, dans cette loi, de l'hypothèque sur les navires ; mais le mot *Hypothek* ne s'y rencontre point, parce que les navires sont des meubles (1), et que, de même qu'en Italie, on a considéré ce caractère mobilier comme exclusif de toute affectation réelle autre que le gage. Ne faut-il donc pas dire qu'ici également l'organisation d'un mode spécial *d'engager* les navires exclut tous les autres ?

Il est à noter qu'en Danemark on admet concurremment le nantissement du navire par tradition effective, et une autre combinaison, que nous retrouverons, tout-à-fait analogue à une constitution d'hypothèque.

8. — Qu'ils demeurent ou non susceptibles de gage, comment a procédé notre législateur dans l'organisation, pour les navires, d'un système d'affectation hypothécaire ?

### § III. — *Du mortgage.*

9. — On aurait pu copier, imiter tout au moins, les dispositions du Merchant Shipping Act de 1854 relatives à cette institution anglaise du mortgage, applicable aux navires comme aux immeubles, que l'on vantait de toutes parts, dont tout le monde se réclamait.

1. Rollet : *op. et loc. cit.*, p. 167, note 1.

Le mortgage, autrefois, c'était une sorte de transfert de propriété conditionnelle (1) passé dans la forme d'un acte de vente parfait, avec contre-lettre (2) stipulant faculté de rachat dans un certain délai : à défaut de ce rachat, la propriété du bien restait au créancier, qui en imputait la valeur sur le montant de la dette (3) ; mais le bien était restitué, la propriété retransférée, si le payement avait lieu à l'époque convenue.

Cela ne fait-il point songer au passage suivant de Charondas le Caron (4) ? « Le mot de mortgage, est frequent ès livres des anciens praticiens, et le mien interprete terre baillee à mortgage, estre quand les fruicts d'icelle n'acquittent rien du deu. et que celui auquel elle est baillee en jouyt sans en rien rendre, jusques à ce qu'on luy ait rachetee, et payé la somme pour laquelle elle lui est baillee. »

10. — Déjà les tribunaux anglais avaient fait prévaloir une convention devenue presque de style dans les contrats, et d'après laquelle le débiteur conservait la jouissance du bien jusqu'à l'échéance. Le créancier auquel un mortgage avait été consenti ne se mettait donc plus en possession, quoiqu'il en eût strictement le droit, étant devenu, de par la loi, propriétaire (5). Le Merchant Shipping Act de 1854 est venu, conformément aux habitudes législatives de l'Angleterre, consacrer pour les navires cette pratique préexistante.

1. Abbott : *op. cit.*, p. 23.

2. Maclachlan : *op. cit.*, p. 40.

3. Smith : *Common law*, p. 245.

4. *Sur la somme Rural de Jehan Bouteiller* : liv. 1<sup>er</sup>, titre 73, note e.

5. Desjardins : *op. cit.*, n. 1206 (p. 368).

Dès lors, le mortgage n'est plus qu'une manière d'hypothèque avec réalisation plus facile de l'objet de la garantie. Le créancier n'est plus considéré comme propriétaire du navire ou de la portion de navire hypothéquée, que « dans la mesure où cela pourrait être nécessaire pour affecter efficacement ce navire ou cette portion de navire à la garantie hypothécaire de la dette ». (Merch. Ship. Act, art. 70); c'est-à-dire qu'il peut, s'il n'est pas payé à l'échéance, ou bien en cas de faillite ou de saisie de son débiteur, se mettre en possession du navire, et le vendre ou l'exploiter. Du reste, quoiqu'il ne soit nullement tenu des engagements antérieurement pris par le débiteur envers des tiers dans l'intérêt du navire, il ne doit en aucun cas rien faire qui en puisse empêcher l'exécution (1).

S'il vend, ce qu'il a le droit de faire nonobstant l'absence dans l'acte de toute clause conforme, et s'il reste un excédant après le prélèvement du montant de sa créance, il conserve cet excédant en dépôt pour le compte des créanciers subséquents et du débiteur hypothécaire, qui peuvent lui réclamer en justice un à-compte (2). Aucun créancier inscrit en second ordre sur un navire ou une part de navire ne peut, sauf autorisation de la juridiction compétente, vendre ce navire ou cette part sans le consentement de tous ceux qui le précèdent. (Merch. Ship. Act, art. 71).

S'il préfère exploiter lui-même, ce sera sous sa responsabilité envers le débiteur hypothécaire pour toutes les

1. MacLachlan : *op. cit.*, pp. 41-42-45 et 107.

2. *Ibid.*, pp. 45 et 106.

pertes et détériorations survenues durant cet emploi (1). Il pourra s'attribuer le fret, devenu payable entre ses mains (2), à condition de régler les frais de voyage et les gages des matelots (3). Le débiteur ou ses héritiers peuvent d'ailleurs libérer le navire, même après l'expiration du terme convenu, par le payement du capital et des intérêts (4).

§ IV. — *Système des lois de 1874-1885; — application du Code civil; — effets de la mutation en douane.*

11. — Ce système, adopté par les États-Unis dans ses lignes générales (5), n'est point du tout celui qu'ont suivi nos législateurs : on se contentait de vanter les Anglais, on ne les copiait pas. Aussi bien semblait-il que l'on eût mieux à faire, tout en faisant comme eux. Je m'explique. Les règles du mortgage sur les navires ne sont qu'une application de la théorie générale du mortgage, qui s'étend également et d'abord aux biens-fonds. N'avons-nous pas, nous aussi, un long titre de notre Code civil consacré à ce que j'appellerai la théorie générale de l'hypothèque, restreinte aux immeubles jusqu'en 1874 ? Il était tout naturel, en admettant les navires à jouir des bénéfices de cette institution, de construire pour eux un système tout-à-fait analogue, permettant

1. *Ibid.*, pp. 42 et 107.

2. *Ibid.*, pp. 41 et 106.

3. Desjardins : *op. cit.*, n° 1206 (p. 370).

4. De Valroger : *Droit marit.*, t. III, pp. 177-178.

5. Sauf dispositions particulières dans les lois des divers districts.

ainsi de se reporter, dans le silence de la loi spéciale, aux principes et aux règles du Code civil, pour résoudre les questions qui pourraient se présenter et trancher les difficultés non prévues.

C'est ce qu'a fait l'Assemblée Nationale, et elle n'a pas créé, comme le dit M. Desjardins (n° 1222 *in fine*), un *nouveau droit* hypothécaire.

Il est vrai que, les deux sortes d'hypothèques admises par notre législation y ayant été introduites successivement et sans refonte des dispositions antérieures, nous n'avons pas un ensemble de règles formellement et expressément applicables à toutes deux, comme les art. 773 et suivants du Code de commerce de l'Uruguay (liv. II, tit. 13). Nous constaterons même entre elles d'assez nombreuses différences, provenant de la nature du gage ou du but du contrat, et notamment cette différence fondamentale, que l'hypothèque des navires est exclusivement conventionnelle (1). Aussi M. Lyon-Caen a-t-il contesté à diverses reprises (2) que l'on dût compléter au moyen des articles du Code civil les lacunes de la loi de 1874-1885, sauf toutefois pour ceux de ces articles qui ne font

1. Son objet n'est pas, en effet, de fournir un surcroît de garantie aux créanciers ordinaires de l'armateur (Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, n° 2407), mais de fournir une base nouvelle à son crédit (*J. Off.*, n° du 26 août 1872, p. 5700); or l'hypothèque légale est une menace permanente et une entrave au crédit, et quant à l'hypothèque judiciaire, la supprimer en notre matière spéciale était devancer une réforme radicale — sa suppression absolue — réclamée depuis longtemps par les auteurs les plus considérables (cf. *J. off.*, n° du 28 juin 1874, p. 4415).

2. *Revue crit.*, 1887, p. 632; — Note sous *Sir.*, 80-1-258, col. 3; Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, n° 2404, texte et note 1).

que consacrer le droit commun et qui ne sont pas en contradiction avec le droit maritime.

Certes, il faut avant tout que l'application des règles proposées ne se heurte à aucun usage, à aucun principe du droit maritime ; car, ainsi que le dit quelque part M. Labbé, « une loi ne doit pas, *contrairement à l'équité*, régir des hypothèses auxquelles le législateur n'a pas songé ». Mais pour ce qui est de la conformité nécessaire avec le droit commun, n'est-ce donc pas aujourd'hui un axiome, en doctrine comme en jurisprudence (1), que le droit commun c'est le droit civil (2), que le Code civil est le complément naturel du Code de commerce et des lois qui s'y rattachent, parce que le Code civil c'est le droit commun législativement formulé (3) ? Où chercher, d'ailleurs, en dehors des usages et du Code civil, ces principes généraux, ce droit commun applicable à notre matière ?

Le code civil avait organisé le système hypothécaire : il en limitait, il est vrai, l'application aux immeubles ; mais ce système devait être regardé en matière hypothécaire comme le droit commun, et en effet les législateurs de 1874-1885 ont bien souvent modifié à peine, et quelquefois textuellement reproduit, des dispositions du Code civil : « Analogue à *l'hypothèque sur immeubles*, » dit M. Ruben de Couder (*op. et loc. cit.*, n° 8) « l'hypothèque

1. Lyon-Caen et Renault : *Traité de droit commercial*, n° 74-75 (t. I, p. 63 et suiv.).

2. Dufour : *op. cit.*, n° 25 et 28 (t. I, pp. 68 et 82).

3. Troplong : *Revue de légist. et de jurispr.*, t. XVI, pp. 62 et suiv. ; — *cf.* : en Italie, Vidari (*op. cit.*, t. I, pp. 45 et suiv., n° 39) en Espagne, Joaquín Abella (*Novissimo código de comercio*, p. 8)

sur navires suit, en général, des règles identiques à celles du droit commun hypothécaire. »

12. — M. Lyon-Caen veut voir dans cette reproduction même une preuve que l'on voulait écarter l'application des articles du Code civil passés sous silence, en tant qu'il ne sont pas conformes au droit commun. Que vaut cette nouvelle objection ?

D'abord, de ces articles, fort peu nombreux du reste, reproduits par notre loi, il en est certains pour lesquels la répétition n'était peut-être pas absolument inutile, même dans notre système ; et puis ne faut-il pas, retournant l'argument, voir là précisément un indice de la préoccupation de suivre pas à pas les dispositions de la loi civile ? De plus, n'y a-t-il point dans le Code de commerce certains articles reproduits aussi, exactement ou en substance, du Code civil (1) ? et cela a-t-il empêché l'adoption de la théorie que je signalais tout-à-l'heure, et qui consiste à compléter au moyen de celui-ci les lacunes de celui-là ?

13. — Enfin, malgré l'assertion contraire de M. Lyon-Caen (2), je crois pouvoir m'appuyer sur les travaux préparatoires de la loi de 1874-1885, nos législateurs me semblant bien avoir exprimé, comme l'ont fait à diverses reprises les auteurs de la loi Belge de 1879 (3), qu'ils con-

1. Citons les articles : 5 Com. — 220 Civ. ; — 92 al. 1, Com. — 2076 Civ. ; — 103 Com. — 1784 Civ. ; — 190 al. 1, Com. — 531 Civ. ; — 196 Com. — 2093 et 1167 Civ. ; — 221 et 230 Com. — 1992 et 1148 Civ. ; — 238 Com. — 1991 Civ. ; — 430 Com. — 2236 Civ. ; — etc...

2. *Revue crit.*, 1887, p. 633.

3. Lyon-Caen: *Revue crit.*, 1887, p. 633 ; *add. Annuaire de légist. étrangère*, p. 539, note 2.

sidéraient l'organisation de l'hypothèque terrestre comme l'expression du droit commun en notre matière.

En 1872, dans leur exposé des motifs (1), les auteurs de la proposition de loi disaient : « Une fois le principe (de l'hypothèque sur les navires) admis, la plupart des règles nécessaires à son fonctionnement étaient nécessairement indiquées par la *législation hypothécaire* et la pratique. Il serait superflu de les justifier. Nous nous bornerons donc à quelques explications sur les dispositions du projet qui se distinguent *du droit commun* et sont ainsi spéciales à l'hypothèque des navires. »

Quand le rapporteur disait plus tard (2) : « La commission s'est attachée à ne s'éloigner des principes habituels du droit commun que quand c'était absolument indispensable », il ressortait de la suite de son discours, comme du discours auquel il répondait, que ce droit commun, pour lui et pour le préopinant, c'était le Code civil.

Lorsqu'il s'est agi enfin de modifier le délai de péremption de l'inscription, fixé à trois ans par la loi de 1874, on refusa de donner à l'inscription, un effet indéfini, sous prétexte que « ce serait une anomalie dans notre législation hypothécaire (3) » ; et les rapporteurs à la Chambre (en 1882) et au Sénat (en 1883) énoncèrent tous deux qu'en fixant le délai à dix ans, comme l'a fait arbitrairement l'article 2154 Code civil, ils avaient « adopté le délai *de droit commun* (4). »

14. — Il est une question qui semble se rattacher à la

1. *J. Off.*, n° du 26 août 1872, p. 5700.

2. *J. Off.*, n° du 11 décembre 1874, p. 8186.

3. *J. Off.*, 1881 : chambre, annexes, p. 1700.

4. L.-C. et R : *op. cit.*, p. 521 note 1.

précédente, et où l'on pourrait être tenté, mais à tort suivant moi, de voir également une application des principes du droit civil à notre matière. Je veux parler des effets de la mutation en douane : 1<sup>o</sup> sur la constitution de l'hypothèque ; 2<sup>o</sup> sur son inscription. Ces effets ne sont-ils pas identiques à ceux de la transcription des actes d'aliénation en matière immobilière ? — Oui, depuis 1855. — Ne faut-il donc pas voir ici un cas où les règles applicables à l'hypothèque des immeubles s'étendent à celle des navires, dans le silence de la loi maritime ? — Non, pour deux raisons.

D'abord,— tout en admettant que la mutation en douane, quoique instituée dans un but politique, n'en est pas moins (1) une formalité sous laquelle aucune transmission de navires n'est opposable aux tiers (2) — il faut reconnaître que le système de la loi du 27 vendémiaire an II diffère de celui de la loi du 23 mars 1855 en ce que c'est toute transmission, même par succession, qui est soumise à la mutation en douane (3). Il faut aussi tenir compte, quitte à ne pas la partager, d'une opinion inadmissible au cas de transcription immobilière, et qui consiste à considérer comme équivalente à la mutation en douane, à l'égard des tiers (4), la connaissance par eux du transfert de propriété (5).

1. Sauf controverse.

2. L.-C. et R. *op. cit.*, n<sup>o</sup>. 1618.

3. *Ibid.* n<sup>o</sup>. 1620.

4. Cette expression de *tiers* comprend évidemment les créanciers hypothécaires ; mais il semble aussi qu'en l'absence d'une formule analogue à celle de l'article 3 de la loi de 1855, elle comprenne tous autres intéressés (L.-C. et R., *ibid.*, n<sup>o</sup> 1621).

5. *Ibid.* n<sup>o</sup>. 1619.

En second lieu, c'est bien avant 1855, et dès la loi de vendémiaire, que la mutation en douane a constitué une formalité nécessaire pour rendre les transmissions opposables aux tiers intéressés. Renouvelé du Règlement de Straslourg de 1681, ce système est consacré en 1821 par Pardessus (1), le 22 décembre 1824 par la cour d'Aix (Journal de Marseille, 1825-1-20), le 23 janvier 1841 par la cour de Rouen (*Dal.*, 41-2-103), en 1847 par MM. Delamarre et Lepoitvin (2), le 17 mars 1849 par la cour de Rennes (*Dal.*, 52-1-179). Donc ce qui fut en 1855 une innovation en matière immobilière constituait déjà le droit commun des navires. Et à supposer qu'il eût existé des créanciers hypothécaires sur navires, sous l'empire de l'article 834 C. Pr. Civ., il eût été impossible de les admettre à bénéficier de cet article, et de leur accorder pour inscrire leur hypothèque un délai de 15 jours après la mutation en douane.

C'est jusqu'à la date de la mutation en douane que les inscriptions hypothécaires peuvent être prises (3), et seulement jusque-là. *Quid* de la constitution d'hypothèque ?

Elle n'était possible pour les immeubles, sous l'empire du seul Code Civil, que jusqu'à l'acte d'aliénation. Mais en matière de navires elle aurait pu de tout temps, comme aujourd'hui, avoir lieu jusqu'à la mutation en douane : jusque-là en effet l'aliénateur reste propriétaire aux yeux des tiers, et ceux-ci peuvent valablement acquérir de son chef des droits sur le navire ; sauf leur

1. *Cours de droit commercial*, 2<sup>e</sup> édit., t. III, p. 39, n<sup>o</sup> 620.

2. *Traité du contrat de commission*, t. IV, p. 185, n<sup>o</sup> 88.

3. L.-C. et R. : *op. cit.*, n<sup>o</sup> 2427.

connaissance de l'aliénation, dans l'opinion qui admet que cette connaissance peut suppléer, à leur égard, à la formalité en douane.

§ V. — *Caractère commercial du contrat hypothécaire.*

15. — J'ai déterminé le caractère hypothécaire de la convention en vertu de laquelle un navire est affecté à la sûreté d'une dette dans les termes de la loi de 1885. Cette convention constitue-t-elle nécessairement un acte de commerce ? Doit-on la faire rentrer dans la catégorie des « contrats concernant le commerce de mer », dont parle l'art. 633 C. Com. ?

Cette question présente encore aujourd'hui de l'intérêt quant à la juridiction (art. 631, 3<sup>o</sup>, C. Com.), quant à la capacité du mineur commerçant ou de la femme marchande publique (art. 6 et 7, C. Com.), quant aux peines du faux (art. 147 et 150, C. P.) ; elle en présentait, avant la loi de 1885, quant au taux de l'intérêt.

La disposition de l'art. 38 de cette dernière loi, d'après laquelle « l'intérêt conventionnel en matière de prêts hypothécaires sur navires est libre », est-elle devenue inutile depuis que la loi du 12 janvier 1886 a rendu libre le taux de l'intérêt conventionnel en matière commerciale ? Et, sous l'empire de la loi de 1874, aurait-on pu admettre l'emprunteur à prouver, pour ne payer que 5 0/0 d'intérêts, que l'opération était civile, au moins à son égard (1) ?

1. En admettant, sauf controverse, que le taux de 5 0/0 est seul licite lorsque le prêt constitue une opération commerciale pour le prêteur mais civile pour l'emprunteur,

Certains auteurs prétendent que le législateur a considéré le prêt hypothécaire sur navires comme essentiellement commercial, par sa destination même (1). Cette opinion est conforme au rapport fait à la Chambre en 1882 (2), qui parle de « destination *évidemment* commerciale », et à cette phrase prononcée au Sénat par le rapporteur de la loi (3) : « Ces prêts ont *toujours*, au moins de la part de celui qui emprunte, un caractère commercial, car les armements et les expéditions maritimes sont des actes essentiellement commerciaux. »

Il ne faut pas généraliser ainsi. Il faut se contenter de dire que, de même que l'article 91 C. Com. définit le gage commercial « celui qui est constitué pour un acte de commerce », de même la convention d'hypothèque, étant un contrat accessoire, doit se qualifier d'après la nature de l'obligation qu'elle garantit (4). Or le propriétaire d'un navire peut l'hypothéquer pour sûreté de conventions purement civiles, par exemple d'un emprunt contracté pour doter un de ses enfants. En effet, dans l'état actuel de notre législation, et quoique son but ne soit pas en somme de donner de nouvelles garanties aux créanciers de l'armateur, mais surtout de fournir une base à son crédit maritime, l'hypothèque sur navires peut servir, comme l'hypothèque immobilière, à faire un appel au crédit en vue de subvenir à des besoins quelconques, et non pas seulement aux nécessités du commerce de mer.

1. Challamel : *op. cit.*, p. 96, note 1; — Bédarride : *op. cit.*, n<sup>o</sup> 67.

2. *J. Off.*, 1882 : Chambre, annexes, p. 150.

3. *J. Off.*, 1883 : Sénat, débats, p. 440.

4. Boistel : *Revue générale*, *loc. cit.*

Elle n'est pas limitée chez nous comme en Russie (1) à certains cas exceptionnels, énumérés limitativement par la loi. « Nous cherchons, » disait le rapporteur de la loi de 1874 (2), « à organiser la possibilité pour le propriétaire de navires de trouver dans sa propriété les sûretés les plus étendues à offrir, pour obtenir le plus large crédit dans l'intérêt de la généralité de ses affaires. »

Dès lors, la constitution d'hypothèque consentie dans un intérêt purement civil sera un acte civil, pour l'accomplissement duquel une femme même commerçante aurait besoin de l'autorisation de son mari (art. 220 C. Civ., et 7 C. Com., *cbn.*), et qu'un mineur ne pourrait consentir seul, mais seulement par l'intermédiaire de son tuteur dûment autorisé (3).

16. — Pourquoi donc, allant plus loin que ne devait le faire la loi du 12 janvier 1886, l'article 38 de la loi du 10 juillet 1885 déclare-t-il que le taux de l'intérêt sera libre, en matière de prêts hypothécaires sur navires, d'une manière générale, et même au cas où ces prêts auront un caractère civil?

Il faut voir là, je crois, une inadvertance du législateur qui, ainsi que tendent à le prouver les derniers mots de l'article (4) et les fragments plus haut cités des travaux préparatoires, n'a envisagé que les cas où l'hypothèque garantit un emprunt commercial. Donc en toute

1. Millet: *J. de droit intern. pr.*, *loc. cit.*

2. *J. Off.*, n° du 11 décembre 1874, p. 8190; *cf.* Millet: *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, p. 108.

3. Art. 2 et 6 *cbn.*, C. Com.; 457-458, C. Civ.; — Boistel: *Rev. génér.*, *loc. cit.*

4. « L'intérêt légal est de 6 0/0 comme en matière commerciale. »

question autre que celle du taux des intérêts, il faudra avoir égard à la nature civile ou commerciale du contrat ; et je pense même qu'avant 1885 un prêt civil avec hypothèque sur un navire n'aurait pu être conclu qu'au taux de 5 0/0.

17. — C'est son désir d'attirer les capitaux vers les entreprises maritimes, qui a poussé le législateur de 1885 à faire exception, dans son article 38, à la loi de 1807 alors en vigueur. Pour attirer les capitaux, il faut leur offrir, pensait-il, un profit d'autant plus considérable que la sécurité pour eux est moindre. Or en Angleterre, où l'argent s'engage avec plus de confiance que chez nous dans les opérations maritimes, l'intérêt des prêts hypothécaires sur navires, réglé par la convention des parties, varie en pratique entre 7 et 12 0/0 (1) ; et ce taux seul est rémunérateur pour le prêteur qui veut assurer son capital sans sacrifier les intérêts, car la prime d'assurance est rarement inférieure et souvent supérieure à 6 0/0 (2).

On a pourtant reproché à notre loi de n'avoir fait que donner aux armateurs ce qu'ils trouvaient déjà dans le prêt à la grosse, l'hypothèque n'étant pour eux qu'une aggravation qu'ils ne consentiraient pas à subir (3). Est-ce exact ?

Non, pour trois raisons : — 1° Le prêt à la grosse ne suffisait pas à attirer les capitalistes : il est vrai qu'il leur donnait un privilège, mais sans créance personnelle contre l'armateur que la perte du navire libérait ; —

1. Massigli : *op. cit.*, p. 363.

2. *ibid.*

3. Bédarride : *op. cit.*, nos. 17 et 56.

2° Ce prêt n'était d'ailleurs possible qu'en certains cas déterminés, et ne pouvait servir comme moyen ordinaire de crédit; — 3° La pratique enfin nous montre les prêts hypothécaires sur navires consentis aux taux de 5 ou 6 0/0, jamais à des taux supérieurs. On ne peut donc pas dire que l'admission de l'hypothèque équivalait à rendre le prêt à la grosse, déjà trop onéreux pour l'emprunteur, cent fois plus onéreux encore (1) par l'adjonction d'un droit personnel; et encore est-il que l'armateur pressé d'argent préférerait pouvoir s'en procurer au prix d'une opération onéreuse, que de n'en point trouver du tout.

1. Bédarride : *op. cit.*, n° 56.

---

## CHAPITRE II

### DES OBJETS DE L'HYPOTHÈQUE SUR NAVIRES.

#### § I. — *Bâtiments de mer.*

18. — Des travaux préparatoires et des termes mêmes de la loi il résulte que les bâtiments de mer (1) sont les seuls susceptibles d'hypothèque, et qu'il ne faut pas prendre le mot *navire* de notre article 1 dans le même sens qu'au fr. 1 § 6, *de exercit. act.* : « Navem accipere debemus, sive marinam, sive fluviatilem, sive in aliquo stagno naviget, sive schedia sit (2). »

Que doit-on entendre par cet expression : *bâtiments de mer* ?

Il est difficile d'établir sur ce point une règle sûre (3) ; pourtant on a essayé de dégager de quelques décisions de jurisprudence certains caractères généraux pouvant servir de base à une définition : le bâtiment de mer est celui qui, destiné dès sa construction (4) au commerce maritime (5), remplit, avec un armement et un équipage qui

1. Cf., article 190, al. 1, C. Com.

2. Cf., fr. 1 § 14, *de flumin.*

3. Emerigon : *Traité des assurances*, chap. 6, sect. 7, § 1.

4. Rennes, 18 février 1887, et Req. rej., 10 juillet 1888 : *Annales du droit commercial*, 1<sup>er</sup> ann., *jurispr.* p. 176, et 2<sup>e</sup> ann., *jurispr.*, p. 195.

5. Req. rej., 7 avril 1874, sur pourvoi contre arrêt de Paris du 24 mai 1873, confirmant un jugement du tribunal de la Seine du 21 septembre 1872 : *Sir.*, 74-1-205.

lui soient propres, un service spécial (1) : une navigation fluviale, bien que pratiquée dans les limites de l'inscription maritime, avec un rôle d'équipage et inscription à un quartier maritime, ne suffirait pas (2).

Si le bâtiment n'est pas terminé, — et la loi permet l'hypothèque des navires en construction, — son caractère maritime dépendra exclusivement de la destination à lui assignée pour l'avenir. Cette destination se prouvera par tous moyens, notamment par les présomptions tirées du plan, de la forme, de la force ; et comme, en pratique, on n'hypothéquera les navires en construction que lorsqu'ils auront une valeur assez grande pour en rendre l'affectation profitable aux créanciers, les éléments de fait seront probablement alors suffisants pour apprécier si c'est bien d'un bâtiment de mer qu'il s'agit (3). Pourtant il semble qu'il y ait là une source de fraudes à exploiter.

19. — Les lois étrangères ne restreignent pas toutes aux bâtiments de mer le bénéfice de l'hypothèque.

La loi anglaise (*Merch. Ship. Act*, art. 19 et 66 *cbn.*) ne fait pas de distinction et exige seulement un tonnage minimum.

La loi hambourgeoise de 1885 admet, dans son article 1, l'hypothèque sur les bâtiments fluviaux d'un tonnage brut supérieur à 50 mètres cubes (24 tonneaux environ).

Le Code de commerce Néerlandais l'admet aussi sur les navires et bateaux destinés à la navigation fluviale, sans restriction quant à la capacité si leurs voyages s'éten-

1. Civ. rej., 20 février 1844 : *Sir.*, 44-1-197.

2. Bordeaux, 3 juillet 1870 : *Sir.*, 70-2-327.

3. Dufour : *op. cit.*, n° 61.

dent au-delà des frontières du pays (article 748), mais seulement sur ceux qui jaugent 20 tonneaux et plus (article 750) s'ils sont « exclusivement employés à la navigation d'un lieu à un autre dans les limites du royaume, tant sur les fleuves, rivières et canaux, que sur les mers et lacs du pays et le long des bancs de sable » (article 749).

Le Code de commerce italien étend son système spécial de gage, véritable hypothèque, aux « petits navires non destinés à sortir des ports, des rades, des fleuves, des canaux ou des lacs » (art. 490).

20.—La commission nommée par la Chambre pour préparer la révision de la loi de 1874 avait été sollicitée de légiférer en matière fluviale comme en matière maritime (1). Elle ne donna de son refus que ce motif, que « c'eût été sortir des bornes qui lui étaient tracées. »

Sollicitée de même, la commission du Sénat se préoccupa de la question (2); mais elle dût se borner à émettre le vœu « que la batellerie fluviale ne fût pas soumise à attendre encore longtemps l'extension à son profit des avantages accordés au commerce maritime », et elle se heurta à la résistance des ministres fondée sur d'excellentes raisons (3).

Toute une organisation nouvelle serait enfin nécessaire (4); au lieu que l'hypothèque s'établissait tout naturellement sur les navires de mer déjà soumis au droit de suite, et pourvus surtout d'un système de publicité que

1. *J. Off.*, 1882 : Chambre, annexes, p. 149.

2. *J. Off.*, 1883 : Sénat, annexes, p. 572.

3. *J. Off.*, 1883 : Sénat, Débats, p. 442.

4. Lyon-Caen et Renault: *op. cit.*, p. 510, note 4.

l'on n'avait qu'à étendre par analogie, et d'un personnel d'*enregistreurs* dont on ne compliquait guère les attributions. Ici au contraire, pas de port d'attache, pas de mutation en douane : tout serait à créer.

A défaut d'une administration spéciale, comme celle qui existe à Hambourg (loi de 1885, article 1), et que l'on hésiterait fort justement à organiser en France, on ne pourrait pas charger la douane de la tenue et de la conservation des registres à établir ; car le matériel fluvial circule ordinairement en dehors du rayon où cette administration fonctionne. Le personnel des ponts et chaussées, auquel on avait songé parce qu'il tient une statistique de ce matériel, a dû être écarté comme n'étant pas sédentaire et ne possédant pas les notions nécessaires (1). Restent les conservateurs des hypothèques, dont on n'aurait qu'à étendre la compétence ; mais encore faudrait-il préalablement attacher chaque bateau à un bureau de conservation hypothécaire où seraient centralisées les inscriptions le concernant ; et ce n'est pas seulement les hypothèques c'est aussi les mutations de propriété qu'il faudrait entreprendre d'inscrire, à peine d'organiser un système hypothécaire incomplet et peu pratique. La première réforme devrait donc consister dans l'application aux bâtiments de rivière de la loi de vendémiaire an II ou de celle du 23 mars 1855 (2).

Et quand tout cela serait achevé, quand on aurait, à grands frais nécessairement, soumis à de nouvelles formalités qui seraient comme autant de vexations les nom-

1. *J. Off.*, 1883 : Sénat, débats, p. 442.

2. *Cf.* Dufour : *op. cit.*, n° 55.

breux entrepreneurs de transports intérieurs par eau, quand on aurait augmenté la besogne, la responsabilité, le cautionnement aussi probablement, et les appointements peut-être, des conservateurs des hypothèques, quels résultats est-il permis d'espérer que l'on aurait atteint ?

Quels résultats a donnés l'hypothèque des bâtiments de mer ?

Le développement de la navigation fluviale exercerait évidemment une grande influence sur celui de la marine marchande, en fournissant à celle-ci le fret encombrant qui est son aliment indispensable (1); mais est-on sûr que l'hypothèque aiderait puissamment à ce développement ? Qu'importe que l'on constate une tendance à admettre l'hypothèque sur les meubles dont la mise en gage pourrait avoir des inconvénients pour le débiteur déposé, comme les récoltes et les instruments aratoires (2) ? Mieux que sur des tendances ou des projets, nous pouvons raisonner ici sur une institution qui existe, et constater son inefficacité : l'avenir de l'hypothèque *fluviale* ne me semble pas assez brillant pour en réclamer l'organisation au prix des inconvénients que j'énumerais tout-à-l'heure.

## § II. — Navires de vingt tonneaux au moins.

21. — La loi de 1874-1885 n'exclut pas seulement les navires autres que les bâtiments de mer. L'article 36 de la

1. La Borde : *thès. cit.*, p. 105.

2. Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, p. 510, note 4.

loi de 1885 (art. 29 de la loi de 1874) précise encore : considérant comme de trop médiocre importance les chaloupes, canots et autre petites embarcations, que Valin comprenait sous les noms de *navires et autres bâtiments de mer* « parce que tout cela sert à la navigation (1) », mais qui « ne servent qu'à la pesche du poisson ou pour s'aller ébattre sur l'eau (2) », notre article déclare seuls susceptibles d'être hypothéqués les navires de vingt tonneaux au moins.

La loi anglaise (Merch. Ship. Act, art. 19 et 66 *chn.*) soustrait à l'hypothèque les navires de quinze tonneaux et au-dessous employés seulement à la navigation sur les rivières ou les côtes du Royaume-Uni ou des possessions anglaises dans lesquelles résident les armateurs de ces navires, — et les navires non pontés ou non complètement pontés, de trente tonneaux et au-dessous, employés uniquement à la pêche ou au cabotage sur les côtes de Terre-Neuve et de ses dépendances ou dans le golfe Saint-Laurent.

Relevons de suite une erreur du législateur de 1874 qui a cru emprunter le chiffre de vingt tonneaux à la loi du 27 vendémiaire an II, et établir ainsi une corrélation entre la faculté d'hypothéquer et l'existence d'un acte de francisation : c'est seulement pour les navires au-dessus de trente tonneaux, que l'acte de francisation est exigé par

1. *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance de la marine*, liv. II, tit. 10, *in ppio.*, cf. Emerigon (*op. sup. cit.*, chap. VI, sect. 7, § 1) : « Tout bâtiment de charpenterie propre à flotter et à être mené sur l'eau ».

2. Godefroy : *Commentaire* sur l'art. 519 de la Coutume de Normandie.

cette loi, un congé étant considéré comme suffisant pour les autres.

22. — Pourquoi ne pas faire un pas de plus, et ne point admettre l'hypothèque pour tous ces bateaux qui se livrent au cabotage grand ou petit et à la pêche côtière, et qui sont soumis comme les autres au droit de suite et aux divers privilèges (art. 190, C. Com.) ? La loi belge, le Code italien, le Code de Finlande, ne contiennent pas de restriction, non plus que la loi de Hambourg pour les bâtiments de mer, ni le Code Néerlandais pour les navires qui font des voyages hors du royaume. Et l'on a dit (1) que ce pourrait être une utile ressource pour les propriétaires de bateaux d'un faible tonnage.

Le rapport présenté à l'Assemblée Nationale motivait la solution adoptée en disant d'une part que l'appel au crédit est pour eux rarement nécessaire, et d'autre part que la solution inverse aurait surchargé le service des receveurs des douanes ; mais pourquoi redouter ce surcroît de besogne, si les opérations qui l'auraient occasionné devaient rester si rares ?

La vérité est que pour les bâtiments de trop mince importance l'hypothèque serait encore plus inutile que pour ceux auxquels elle s'applique. Leur construction et leur armement n'exigent point de capitaux assez importants (2) ; d'autre part leurs propriétaires n'auront pas à compter sur eux, gage trop restreint et trop fragile, pour obtenir du crédit s'ils veulent se lancer dans des entreprises ; et, au cas de gêne momentanée, ce n'est pas par des moyens compliqués comme un prêt hypothécaire, — exigeant l'im-

1. La Borde : *thès. cit.*, p. 106.

2. Lyon-Caen et Renault. *op. cit.*, n° 2406.

matriculation préalable du navire au port de la recette principale, et demandant ensuite quelques frais pour se débarrasser de cette charge par une radiation, — qu'ils songeront à se procurer les sommes nécessaires.

23. — Pourront-ils au moins, pressés d'argent au moment de mettre à la mer, conférer un privilège à leur prêteur, au moyen d'un prêt à la grosse contracté avant le départ ?

Cette forme du prêt à la grosse, à peu près inconnue déjà de la pratique moderne, s'est vu dépouiller de son privilège par l'art. 27 de la loi de 1874 (art. 39 de la loi de 1885), qui abroge expressément l'art. 191-9°, C. Com., ainsi conçu : « Sont privilégiées... 9° Les sommes prêtées à la grosse sur le corps, quille, agrès, apparaux, pour radoub, victuailles, armement, équipement, avant le départ du navire ». Les auteurs de la proposition ainsi que le rapporteur de la loi de 1874 ont motivé cette suppression par un désir de ne point ôter à l'hypothèque sur les navires toute son utilité, et de ne pas entraver le succès de cette garantie nouvelle, en éloignant les prêteurs, menacés par le privilège de l'art. 191-9° C. Com. ; et MM. Lyon Caen et Renault (1) se fondent sur cette idée pour soutenir « que le privilège du prêt à la grosse fait avant le départ existe encore quand la chose affectée au prêt ne peut pas être grevée d'une hypothèque, c'est-à-dire quand il s'agit soit de la cargaison, soit d'un navire de moins de vingt tonneaux. »

Mais l'abrogation de l'art. 191-9° a été prononcée en 1874-1885 en termes généraux et sans restriction ; et d'au-

1. *Op. cit.*, n° 2320 *in fine* : p. 470, texte et note 1.

tre part l'art. 36 de la loi de 1885, comme l'art. 29 de la loi de 1874, qu'il reproduit, dit seulement que « les navires de vingt tonneaux et au-dessus seront *seuls susceptibles de l'hypothèque* créée par la présente loi », et non pas que « les diverses dispositions, prohibitions et abrogations énoncées par la présente loi ne seront applicables qu'aux navires de vingt tonneaux et au-dessus. »

De plus, si l'on remarque que certaines législations étrangères, notamment le Code allemand (art. 680) et la loi belge (art. 156), écartent formellement ou implicitement et en tous cas le privilège du prêteur à la grosse avant le départ, et que c'était là aussi l'intention des rédacteurs du projet français de 1865, pourquoi n'admettrait-on pas que l'idée des législateurs de 1874-1885 a été aussi d'abolir absolument ce privilège ? — « On a supprimé un des modes du prêt à la grosse », dit M. Sébert, à la séance du 27 juin 1874 (2<sup>me</sup> délibération) ; — « Votre commission vous propose d'abolir le prêt au départ », répète M. Clapier le 10 décembre 1874 (3<sup>me</sup> délibération).

C'est donc une anomalie, mais c'est la loi : sur les navires de moins de vingt tonneaux, on ne peut pas établir d'hypothèque, et on ne peut plus accorder de privilège au prêteur à la grosse avant le départ. Il faut s'en consoler en se disant que la première de ces deux garanties serait inutile, et que la seconde était inusitée.

### § III. — *Parts indivises dans un navire.*

24. — L'hypothèque, quand elle est possible, peut être constituée aussi bien sur la nue-propriété ou sur

l'usufruit (art. 2118-2°, C. Civ.) que sur la pleine propriété (1), aussi bien sur une part indivise de cette propriété (loi de 1885, art. 3, al. 3) que sur la propriété tout entière; et par portion indivise il faut entendre non seulement tout l'intérêt qu'un certain quirataire peut avoir dans le navire, mais même une simple fraction de cet intérêt (2).

La loi de Hambourg (art. 2) refuse formellement d'admettre l'hypothèque sur portion de navire.

La loi belge n'en parle pas, et M. de Lantsheere déclarait à la Chambre des Représentants pendant la discussion de la loi, le 23 juillet 1877, que cette hypothèque serait impossible, du moins sans le consentement des autres copropriétaires. L'article 3 de notre loi de 1874 n'avait pas, comme nous le verrons, cette exigence; et l'article 3 actuel se contente de l'autorisation de la majorité.

Le Code italien (art. 485, al. 1), la loi anglaise (art. 66) et celle des États-Unis (29 juillet 1850) admettent l'hypothèque sur parts indivises.

#### § IV. — *Agrès, apparaux et autres accessoires.*

25. — L'hypothèque pourra être restreinte par la convention au corps du navire (art. 4), ce quine laissera pas d'offrir certaines difficultés lors de sa réalisation: il faudra rechercher, et ce ne sera pas toujours facile, dans quelle proportion le corps, dans quelle proportion les ac-

1. Lyon-Caen et Renault: *op. cit.*, n° 2408.

2. Rennes, 25 mars 1879, sur appel de Com. Nantes, 30 janvier 1878: *Sir.*, 82-1-358.

cessoires, ont contribué à la détermination du prix de vente en bloc. Il y aura là une ventilation à faire dont les éléments seront difficiles à préciser : matériellement la valeur de la coque peut atteindre à un chiffre beaucoup plus considérable que celle des agrès, apparaux et machines ; mais il faut tenir compte pour ceux-ci, outre leur valeur intrinsèque, de ce que ce navire, qu'ils rendent propre à entreprendre ces voyages, ne serait sans eux qu'un assemblage de vieux fer et de bois à brûler (1).

Ce caractère indispensable des accessoires justifie leur soumission de plein droit à l'hypothèque qui grève le navire, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer pour cette justification l'article 2118-1<sup>o</sup> C. Civ. : c'est eux qui constituent le navire véritablement, et l'anomalie est dans la possibilité de restreindre au corps l'hypothèque. Cette limitation serait impossible, remarquons-le, pour les privilèges de l'article 191-3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, C. Com., qui s'étendent au navire entier (2).

La restriction inverse ne saurait non plus être admise, et l'on ne peut hypothéquer indépendamment du corps les agrès, apparaux et autres accessoires, qui, considérés en eux-mêmes, ne sont plus que des meubles quelconques soumis à la règle de l'article 2119 C. Civ. (3) : c'est d'ailleurs eux surtout, qui seraient presque sans valeur, une fois détachés du navire.

La plupart des lois étrangères admettent tout naturellement et sans éprouver le besoin de la mentionner, l'ex-

1. Bédarride, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 87-88.

2. *Ibid.*, n<sup>o</sup> 84.

3. *Ibid.*, n<sup>o</sup> 86.

tension de l'hypothèque aux accessoires du navire hypothéqué. Seuls, la loi de Hambourg (art. 1<sup>er</sup>) parle « de la somme pour laquelle le navire est engagé *avec ses appareils* », et le Code de Finlande (art. 13) spécifie que le privilège portera « non seulement sur le navire, mais encore sur ses appartenances. »

26. — Ce dernier article ajoute : « et sur le fret du voyage qui a donné lieu à la dette. »

Chez nous, comme en Belgique (1), le fret n'est pas susceptible d'être hypothéqué, ni isolément, ni comme accessoire du navire. A propos de l'art. 137 de la loi belge, rédigé dans les mêmes termes que notre article 4, le rapport déposé à la Chambre des Représentants énonçait que les mots « et autres accessoires » doivent s'entendre seulement des meubles corporels faisant partie de l'armement.

Il résulte également des articles 2383-6° et 2386-3° cbn. du Code civil du Bas-Canada, que l'hypothèque n'y porte pas sur le fret.

Le fret n'est pas de plein droit l'accessoire du navire ; et s'il est considéré comme tel en France à beaucoup d'égards, s'il est affecté au paiement de certaines créances (2), encore peut-on dire que ces cas spéciaux sont eux-mêmes exclusifs de toute autre affectation, et qu'il est des privilèges qui ne portent pas sur le fret (3).

On ne pourrait donc admettre l'extension de l'hypo-

1. Cour d'appel de Bruxelles, 14 avril 1888 : *Revue internat. de dr. mar.*, quatr. année, p. 83.

2. Art. 216 al. 2, 271, 280, 320 al. 1, C. Com.

3. Notamment les créances inscrites sous les numéros 1 à 5 de l'article 191 C. Com. ; — Valroger : *Droit marit.*, t. III, p. 200 — L.-C. et R. : *op. cit.*, n° 2409.

thèque au fret qu'en s'appuyant sur l'article 685 C. Pr. Civ. ; mais ceux mêmes qui, dans le silence de la loi maritime, appliquent aux navires les dispositions écrites pour l'hypothèque immobilière, doivent écarter du débat cet article 685. D'après lui, en effet, les fruits civils sont immobilisés *à partir de la transcription* de la saisie, pour être distribués avec le prix par ordre d'hypothèque. Or en cas de saisie d'un navire il n'y a pas lieu à transcription, et ce ne serait pas appliquer le texte que de substituer une autre formalité (la simple saisie, par exemple) à celle qu'il prescrit. De plus, qu'immobiliserait-on à partir de la saisie ? Le fret est acquis par la rentrée au port, la saisie est postérieure à cette rentrée, et le navire ne pouvant plus entreprendre de voyage jusqu'à nouvel ordre n'est plus susceptible de produire aucun fruit (1). S'agirait-il donc des frets antérieurement acquis mais recouvrés par l'armateur après la saisie seulement (2) ? Mais tel n'est point le sens de l'article 685, qui n'entend immobiliser que les fruits à acquérir postérieurement à la transcription.

Quels résultats fâcheux, d'ailleurs, n'aurait pas l'hypothèque sur le fret ? Comment mettre la main sur les frets perçus par le capitaine lors de la délivrance des marchandises au lieu de destination du voyage d'aller (3) ? Et si le capitaine s'interdit de toucher à ces frets, comment pourvoira-t-il aux dépenses diverses qu'ils sont naturellement destinés à acquitter : frais de chargement et d'arrimage des marchandises de sortie, nourriture de l'équipage

1. Bédarride : *op. cit.*, n° 98.

2. Valroger : *op. cit.*, p. 201.

3. Bédarride : *op. cit.*, nos 91 et 96.

dans le port, achat des victuailles qu'exige le retour ? Compromettre ce retour, c'est compromettre les intérêts des créanciers eux-mêmes. D'une façon plus générale, l'armateur pourra se trouver souvent en face de charges plus ou moins considérables et imprévues, auxquelles il faudra pourvoir sous peine de cesser ses paiements : quelle sera sa position si, en hypothéquant son navire, il s'est interdit la faculté de disposer des ressources que son exploitation doit lui procurer, et si même avant l'échéance de sa dette hypothécaire il ne peut les appliquer à ses besoins actuels (1) ? L'hypothèque a cet avantage sur le nantissement, qu'elle conserve au débiteur l'administration et la jouissance de la chose grevée : si celui-ci renonce au fret, la forme hypothécaire n'a plus de raison d'être (2).

27. — En Angleterre, où le mortgage s'étend du navire au fret, les gens d'affaires ne considèrent pas cela comme une bonne garantie (3).

Le système anglais ressemble dans son principe à celui qui, chez nous, veut appliquer l'article 683 C. pr. civ. à l'hypothèque des navires. Le créancier n'a pas un droit absolu au fret comme conséquence de son hypothèque (4); mais si, exerçant son droit, il prend possession du navire ou accomplit quelque acte équivalent (5) avant

1. *Ibid.*, n° 91.

2. Desjardins : *op. cit.*, n° 1210, p. 380.

3. Millet : *Bulletin*, p. 103.

4. James, L. J., cité par Maclachlan, *op. cit.*, p. 471.

5. Il a été jugé qu'il lui suffisait de donner avis au débiteur hypothécaire et à l'affrètement après l'époque où le fret a été gagné (c'est-à-dire où le transport a eu lieu), mais avant celle où il est payable ; et que l'au re part une saisie-arrest faite entre

que le voyage soit consommé et le fret gagné, il acquiert droit au fret, comme conséquence de son droit de possession, tant à l'encontre de son débiteur hypothécaire et de ses ayants-cause qu'à l'encontre des affréteurs qui ont consenti des avances (1). Dès lors le fret est payable entre ses mains (2).

Quant au créancier ayant une hypothèque en second ordre, il n'a pas le droit de se mettre en possession et n'en peut obtenir par son propre fait l'équivalent; mais il pourra, si les créanciers hypothécaires antérieurs refusent de prendre possession, obtenir un séquestre et avoir ainsi les bénéfices de la possession. Ceci ne doit s'entendre toutefois que dans ses rapports avec le débiteur hypothécaire: ainsi, s'il y avait une hypothèque sur le navire, puis un droit sur le fret, puis une seconde hypothèque sur le navire, le second créancier hypothécaire ne pourrait pas par son fait personnel écarter la charge qui pèse sur le fret, au lieu que le premier créancier hypothécaire, en prenant possession du navire, prend possession du fret en même temps (3).

§ V. — *Navires en construction.*

28. — De toutes les applications de l'hypothèque sur les navires, celle que consacre l'article 5 semblait en 1874

les mains de l'affréteur par l'ayant-cause du débiteur hypothécaire avant que le fret soit gagné, ne serait pas opposable au créancier hypothécaire qui postérieurement, mais avant que le fret soit gagné, se mettrait en possession (Maclachlan, p. 100).

1. *Ibid.*, pp. 100 et 170.

2. *Ibid.*, p. 106.

3. James: *loc. cit.*

répondre au plus pressant besoin. Elle devait fournir aux armateurs et aux constructeurs ces capitaux considérables qu'immobilise la construction des navires, et permettre bien souvent de mener à bonne fin des constructions qui, faute d'argent et de crédit, resteraient inachevées après avoir englouti des sommes importantes (1). Elle ne porte d'ailleurs aucun préjudice aux entrepreneurs, fournisseurs et ouvriers, qui conservent leur privilège (art. 191 8°, C. Com.), et elle ne peut être qu'avantageuse aux autres créanciers non hypothécaires du propriétaire du navire : elle permet en effet à leur débiteur de continuer ses opérations, et leur fait au moins obtenir par la vente du navire terminé, même une fois l'emprunt hypothécaire déduit, des dividendes supérieurs à ceux que leur aurait procurés la vente à vil prix du navire inachevé (2).

29. — Les objections que l'on a essayé de tirer des principes du droit, contre l'hypothèque des navires en construction, ne sont pas sérieuses.

Le système de la loi, a-t-on dit (3), est que l'hypothèque se complète à mesure que la construction s'avance, par application de l'article 2133 Code Civil : or est-ce une simple amélioration, que de passer de l'état de charpente à l'état de navire mâté et gréé ? Le navire en construction n'est rien encore, et en faire quelque chose c'est transformer, créer, non améliorer (4).

— Il est facile de répondre que l'article 2133 Code

1. *Exposé des motifs*: J. Off. n° du 26 août 1872, p. 5700.

2. J. Off., *ibid.*

3. Millet: *Bull.*, p. 103.

4. Bédarride: *op. cit.*, n° 104.

Civil n'a point à intervenir ici, et que ceux qui l'ont invoqué auraient pu s'en dispenser : l'hypothèque constituée sur un navire en construction donne au prêteur une garantie telle quelle, jusqu'à l'achèvement, après quoi elle se reporte sur le navire construit et change de registre (art. 7, al. 2).

— Ce sera donc une hypothèque sur une chose future ? Ce sera donc une institution contraire à tous les principes du Code (1) ? Car l'art. 2130 est une exception, de droit étroit par conséquent, et qui ne doit s'entendre que du cas d'*insuffisance* des biens présents : l'hypothèque qui affecterait des biens à venir exclusivement serait nulle et sans valeur (2). — Peut-être. La validité d'une hypothèque qui ne porterait que sur des immeubles à venir en l'absence de tous biens présents a pu être soutenue (3). D'autre part y a-t-il si grande analogie entre le cas exceptionnellement prévu par l'art. 2130, où l'hypothèque sur biens à venir ne date que du jour des inscriptions prises au fur et à mesure de leur acquisition (4), — et celui de notre art. 5, avec son hypothèque datant, à l'égard du navire une fois construit, du jour même où l'inscription a été prise pendant la période de construction ? En tous cas ce que l'on peut reprocher de plus grave à cet article, c'est de déroger au Code Civil. De plus, en exigeant que le navire soit au moins mis en chantier, il donne à l'hypo-

1. Laurin: *Cours élém.*, n° 1255.

2. Bédarride : *op. cit.*, n° 104 ; — Aubry et Rau : § 266, texte et note 27.

3. Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, t. III, p. 745, n° 1277.

4. Aubry et Rau, §§ 272 texte et note 4, et 273 texte et note 4.

thèque, en somme, une certaine assiette matérielle (1) : du moins est-ce au créancier seul à en apprécier la valeur (2).

— Mais en admettant qu'on puisse hypothéquer un navire en construction, *qui* donc pourra le faire ? Les auteurs ne s'accordent pas toujours sur la détermination de celui à qui l'on doit reconnaître la propriété, notamment au cas de construction à forfait. Cette incertitude sur la propriété du navire n'exposera-t-elle pas souvent les parties à faire un acte nul, en hypothéquant la chose d'autrui ? — Non ; car sans parler des cas où cette incertitude n'existera pas (3), le prêteur craintif pourra toujours, pour éviter toute contestation ultérieure, faire intervenir l'armateur et le constructeur dans le contrat d'hypothèque : à tous deux ainsi le droit réel consenti deviendra opposable (4).

30. — Nous avons répondu à toutes les objections. Comment donc se fait-il que l'hypothèque sur navires en construction ait donné jusqu'ici des résultats si piteux, vérifiant les prédictions qui représentaient l'art. 5 comme destiné à demeurer lettre morte (5) ?

C'est que, si l'emprunt sur navire flottant et en pleine exploitation est déjà difficile, il doit évidemment l'être

1. de Valroger : *Droit marit.*, t. III, p. 204.

2. Rapport de Grivart à l'Assemblée Nationale.

3. Souvent la convention règle la situation respective de l'armateur et du constructeur ; et, même en l'absence de convention, la jurisprudence semble bien fixée sur toutes ces questions : Civ. rej., 20 mars 1872 (*Sir.*, 72-1-101 ; — *cf.* J. du Havre, 81-2-202 ; — voy. aussi Desjardins, *op. cit.*, p. 395, — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 2412. — Laurin, *Cours élém.*, n° 1255).

4. Mallet : *thès. cit.*, p. 47.

5. Constant : *op. et loc. cit.*

encore plus quand la garantie n'a d'autre assiette qu'une construction commencée (1). Si l'armateur propriétaire tombe en faillite, que retireront les créanciers hypothécaires de la vente de cette chose incomplète, sans valeur actuelle, et sur laquelle ils sont primés par les privilèges du constructeur et de ses ouvriers et sous-traitants? D'autant que l'argent prêté par eux n'a peut-être pas été employé tout entier et exclusivement à la construction projetée: ils ne sauraient s'astreindre à surveiller cet emploi jour par jour; or si l'entrepreneur affecte les fonds à ses besoins courants et laisse le navire inachevé, que deviendra l'hypothèque? Comme toujours, celui qui prêtera sur navires ne le fera que parce qu'il aura confiance en la solvabilité personnelle de l'emprunteur (2).

Les armateurs eux-mêmes ne recourent pas volontiers à ces emprunts hypothécaires sur bâtiments en construction, qui suivent le navire, attachés à lui dès sa naissance, comme une tache originelle (3).

Dans une seule hypothèse, on pouvait espérer que ce genre d'opérations entrerait dans la pratique des affaires, à savoir: quand, — le navire étant construit à forfait avec des matériaux fournis par l'entrepreneur, et si l'on admet qu'en ce cas l'armateur devient propriétaire seulement du jour de l'achèvement malgré les avances par lui faites au cours de la construction, — celui-ci se fait donner hypothèque pour sûreté des avances ainsi consenties. Il y a là, semble-t-il, un procédé pratique pour se mettre à l'abri de l'insolvabilité du constructeur pour le recouvrement de

1. Bédarride: *op. cit.*, n° 105.

2. *Ibid.*, n° 107.

3. Millel: *Bull.*, p. 107.

ces avances, d'autant que l'armateur sera plus à même qu'un prêteur quelconque de surveiller l'emploi des fonds, et de ne les verser au besoin qu'au fur et à mesure du travail effectué.

Mais celui qui fait construire dans ces conditions a un moyen beaucoup plus simple, et déjà connu par la pratique courante, de se garantir efficacement contre toute éventualité : c'est de stipuler, dans le contrat primitif, qu'il deviendra propriétaire du navire à concurrence et à proportion des avances par lui faites. De plus, quoiqu'elle ait été visée expressément dans le rapport, cette hypothèque prise par l'armateur ne répond pas au seul but avoué de la loi : donner du crédit *aux armateurs*.

Quoi qu'il en soit, en 14 ans il y a eu 54 hypothèques prises par des particuliers sur des navires en construction ! Les statistiques y ajoutent 196 hypothèques prises par l'État, et nous apprennent que tout cela fait un total de 88 millions et demi de francs. Mais qu'importent les hypothèques prises par l'État ? Constituées comme sûreté des avances qu'il fait à l'industrie privée lorsqu'il lui commande des navires (1), elles ne doivent pas entrer en ligne de compte : l'impossibilité de prendre hypothèque empêcherait-elle l'État de faire construire des vaisseaux quand il en a besoin, et d'avancer de l'argent aux constructeurs auxquels il s'adresse ? Et puis en quoi ces opérations intéressent-elles la marine marchande ?

Il faudrait même défalquer, pour un motif analogue, la plupart des 54 hypothèques que les statistiques indiquent comme prises par des particuliers ; car je suis en mesure

1. Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, p. 513, note 2, al. 2.

d'affirmer que *la très-grande majorité* de ces hypothèques sont consenties par les constructeurs français au profit de gouvernements étrangers (Grèce et Russie, notamment), comme sûreté des avances faites par ces gouvernements pour la construction de navires de guerre (1).

31. — L'Italie (Code de com., art. 486) et la Belgique (loi de 1879, art. 138) admettent l'hypothèque sur navires en construction. La législation de ce dernier pays accorde de plus au bailleur de fonds un privilège sur ces navires, restreignant ainsi l'utilité de l'hypothèque au cas excessivement rare où le constructeur, réputé en tous cas propriétaire du navire inachevé (loi de 1879, art. 4 § 11), ne travaille pas pour une personne déterminée : les prêteurs auront alors une sécurité plus entière par l'hypothèque, que n'éteindra point une vente à un tiers inconnu suivie d'un voyage accompli sans opposition de leur part.

En Allemagne, dit M. Millet (2), si le navire hypothéqué sur chantier n'est pas terminé, l'hypothèque subsiste sur les matériaux.

*Le büllbreve* danois (3) est une sorte de gage consenti au profit du créancier qui a fait des avances pour la construction. Mais ce créancier ne conserve que son droit personnel, sans plus de sûreté réelle, dès que le navire prend la mer : jusque-là seulement, le büllbreve passe avant toutes autres créances privilégiées (4).

1. Je dois ces renseignements, ainsi que tous ceux relatifs à la statistique pour l'année 1888, à l'obligeance de M. Pallain directeur général des douanes.

2. *Bull.*, p. 107.

3. *Voy.* loi danoise de 1753, liv. IV, chap. 5, art. 9.

4. Millet : *ibid.*

De même en Angleterre, le droit réel consenti sur un navire en construction ne suit pas à perpétuité le navire une fois construit : le privilège même du constructeur pour le paiement de son prix s'éteint par la livraison à l'armateur, et il n'obtient de garantie spéciale dès lors qu'en se faisant consentir une hypothèque en bonne forme après l'enregistrement. Jusqu'à cet enregistrement, pas d'hypothèque véritable possible : le propriétaire du navire sur chantier peut seulement le donner *en gage* à ses créanciers ; et encore cette garantie n'est-elle pas considérée comme bonne ni favorable à l'industrie de la construction (1). Et voilà à quoi se réduit l'exemple de l'Angleterre, invoqué ici comme ailleurs : les avances considérables faites aux armateurs anglais se réalisent en effet dans et pour la période de construction, mais c'est à une époque où précisément l'hypothèque ne saurait être valablement exigée ni consentie (2). M. Desjardins doit se tromper lorsqu'il cite (3) une décision d'un tribunal anglais d'après laquelle aurait été considérée comme valable une hypothèque concédée avant l'achèvement du navire.

Le Code civil du Bas-Canada organise en quatre articles (2376 à 2379) la théorie de l'hypothèque sur navires en construction. L'hypothèque est possible dès que la quille est placée sur chantier ; elle subsiste même après l'achèvement du navire, jusqu'à l'extinction de la dette ; elle ne peut être consentie qu'en faveur de celui qui fournit des fonds pour la construction. Celui qui fournit ainsi

1. Millet: *ibid.*

2. Bédarride: *op. cit.*, n° 28.

3. *Op. cit.*, n° 1211, p. 382.

des deniers ou matières peut d'ailleurs se faire reconnaître un droit de propriété, et non plus une simple hypothèque ; il pourra dès lors faire enregistrer le bâtiment, le vendre, etc. (art. 2378-2379). Enfin toute hypothèque en second ordre est nulle, je ne sais trop pourquoi, lorsqu'elle a été constituée sans le consentement du premier créancier.

---

## CHAPITRE III

### DU MODE DE CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE SUR LES NAVIRES

#### § I. — *Qui peut consentir l'hypothèque.*

32. — Article 3: « L'hypothèque sur le navire ne peut être consentie que par son propriétaire... » L'expression employée par l'art. 2124 C. civ. ( « par ceux qui ont la capacité d'aliéner » les biens à hypothéquer) était meilleure (1). Il serait plus juste encore de dire : « par ceux qui ont le *pouvoir* d'aliéner... » ; ce qui comprendrait les mandataires légaux (tuteurs, etc...), pour lesquels la faculté d'hypothéquer comme d'aliéner les biens qu'ils administrent n'est pas plus une question de capacité que de propriété, et qui d'autre part ne rentrent pas dans la catégorie des « mandataires justifiant d'un mandat spécial ». De plus, la rédaction que je propose partagerait avec celle de l'art. 2124 l'avantage d'indiquer qu'il ne suffit pas toujours d'être propriétaire pour pouvoir hypothéquer : il est certains propriétaires incapables, pour le compte desquels l'hypothèque et l'aliénation ne peuvent être consenties qu'en se conformant aux règles prescrites par le Code civil (2).

1. de Valroger: *Droit marit.*, n° 4168

2. Cf. Code de l'Uruguay, art. 770.

La capacité ou le pouvoir d'aliéner joint à la propriété ne suffit même pas lorsque le navire appartient à plusieurs quirataires : en ce cas, depuis 1885, le consentement de la majorité sera toujours nécessaire au copropriétaire qui veut hypothéquer sa part indivise. Cette disposition a pour but de sauvegarder les intérêts du navire lui-même contre le danger d'emprunts réalisés en dehors des besoins de la navigation. Il est avéré qu'en pratique les ressources provenant d'emprunts faits par l'un des copropriétaires individuellement, ne seront jamais employées à des opérations maritimes (1) ; et il fallait aviser à ce que le gage ne fut pas exposé à devenir, par une série d'affectations partielles, insuffisant pour permettre de réaliser par la suite des obligations utiles à l'ensemble des propriétaires. Il importait de plus d'éviter l'éventualité de saisies désastreuses, dont la cause serait étrangère aux intérêts de tous (2).

Muni au besoin de cette autorisation, le propriétaire pourra hypothéquer par lui-même ou par mandataire justifiant d'un mandat *spécial*, c'est-à-dire ayant reçu mandat d'hypothéquer *les navires* du mandat. Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait mandat spécial, de désigner certains navires nommément, devant seuls faire l'objet de l'opération particulière qu'il s'agit de consommer. Un pouvoir général d'*hypothéquer* constitue le mandat *exprès* qu'exige l'article 1983 al. 2, C. Civ. : ce pouvoir deviendra le mandat *spécial* prescrit par notre article 3, s'il confère le droit d'hypothéquer *les navires*. A cette condi-

1. Massigli : *op. cit.*, p. 356.

2. *J. Off.*, 1883 : Sénat, annexes, p. 569.

tion, l'exigence de la loi sera satisfaite, quelques généraux que soient les termes employés (1). *A fortiori* l'indication du montant de l'emprunt hypothécaire sera-t-elle inutile.

33. — L'article 1121 du Code de commerce de l'Uruguay énonce que le capitaine ne pourrait pas hypothéquer pour ses affaires personnelles un navire dont il ne serait pas copropriétaire. Il faut aller plus loin, et dire qu'il n'a pas même le droit, sans un mandat spécial, d'hypothéquer pour le compte du propriétaire (2).

A cela une seule exception depuis la loi de 1874 (art. 28, modifiant l'art. 233 C. Com. ; cf. loi de 1885, art. 35, al. 1) : « Si le bâtiment est frété du consentement des propriétaires et que quelques-uns fassent refus de contribuer aux frais nécessaires pour l'expédition, le capitaine peut, en ce cas, vingt-quatre heures après sommation faite aux refusants de fournir leur contingent, emprunter hypothécairement pour leur compte, sur leur part dans le navire, avec l'autorisation du juge ». L'article 23 de la loi belge, à peu près identique, dit que le capitaine pourra « emprunter *même* hypothécairement pour leur compte, etc. », voulant indiquer ainsi, comme l'a expliqué M. de Lantsheere dans son rapport, que l'article déroge aux deux principes suivants : 1° un mandat virtuel ne suffit pas pour hypothéquer le bien d'autrui ; 2° un copropriétaire de navire ou son mandataire (ici le capitaine) ne peut hypothéquer sa part sans l'autorisation de la majorité.

A supposer que le mot « *même* » dût contenir tant de

1. Bédarride : *op. cit.*, n° 72.

2. *Cf.* art. 237, C. Com.

choses, son absence ne rend pas moins clair le nouvel article 233 C. com., dont le but a été, comme je l'ai déjà dit, de remplacer par des constitutions d'hypothèques les contrats à la grosse avant le départ. C'est d'ailleurs comme mandataire virtuel de la majorité, et non pas des propriétaires opposants, que le capitaine pourra contracter l'emprunt hypothécaire.

A cette majorité telle que l'établit l'article 220 C. Com., l'article 3 al. 2 de la loi de 1885 reconnaît la *plena in re potestas* (1) et le droit d'hypothéquer, pour les besoins de l'armement et de la navigation, le navire entier et même les parts des membres de la minorité.

Les articles 22-23 du Code de Finlande décident que l'armateur gérant chargé par les copropriétaires de l'administration du navire ne peut sans leur autorisation, à peine de nullité et sous sa responsabilité, hypothéquer le navire en totalité ou en partie.

Les articles 3 al. 2 de la loi de 1885 et 233 Code c. m. exigent de plus l'intervention du juge, qui donnera au prêteur toute sécurité, tout en constituant une garantie pour le respect des droits des membres opposants. Il n'est pas question de cette intervention dans le cas de l'article 3 alinéa 3, où l'on n'en aurait pas vu l'opportunité.

En Angleterre, comme en Allemagne, chacun a le droit exclusif d'hypothéquer son bien, et tout propriétaire de la moindre part du navire peut s'opposer, malgré l'avis de la majorité, à ce qu'aucune hypothèque frappe cette portion sans son consentement.

Les rédacteurs du projet français de 1865 pensaient de

1. Massigli : *op. cit.*, p. 356.

même que l'hypothèque devait affecter seulement la part de ceux qui y auraient donné leur autorisation : c'est apporter sans raison des entraves à l'administration de la chose commune, et la minorité ne doit pas pouvoir imposer à la majorité une abstention, pas plus qu'elle ne peut lui imposer un acte quelconque.

§ IV. — *De l'hypothèque éventuelle.*

34. — Il était avant 1885 un cas particulier de mandat donné au capitaine : c'était le cas de réserve d'hypothèques éventuelles, réglementé par l'article 26 de la loi de 1874.

De même que l'on supprimait le prêt à la grosse avant le départ, on voulait permettre de substituer, à l'emprunt à la grosse fait en cours de voyage, l'emprunt hypothécaire limité au taux de 6 0/0 et qui, ne conférant pas de privilège, ne porte pas atteinte aux hypothèques antérieurement constituées (1).

Mais, — comme le constate le rapport fait à la Chambre des Représentants de Belgique, le 6 décembre 1877, en écartant du projet (devenu la loi de 1879) un article correspondant à l'article 26 de notre loi de 1874, — le contrat à la grosse doit demeurer par la force des choses le mode ordinaire des emprunts à contracter en cours de voyage ; et le maintien de l'article 191. 7° C. Com. suffit pour réduire à l'impuissance l'hypothèque éventuelle (2).

Quels avantages offre au prêteur une hypothèque ? — Un

1. Desjardins : *op. cit.*, n° 1212.

2. Massigli : *op. cit.*, p. 360.

droit de suite non soumis au mode d'extinction spécial de l'article 193 *in fine*, C. Com. ; et un moyen d'échapper à la faculté d'abandon reconnue à l'armateur par l'article 216 C. com., puisque le capitaine en hypothéquant agit en vertu d'un pouvoir spécial et distinct émané de cet armateur. Mais il est peu probable que ces considérations paraissent aux capitalistes décisives en faveur de l'hypothèque (1). Donnant leur argent dans des conditions matériellement défavorables, ayant affaire à un débiteur qu'ils ne reverront plus et qu'il faudra poursuivre à des distances très grandes, ils céderont bien plutôt à la perspective d'un fort gain (2), et du rang meilleur que leur assure le privilège du prêteur à la grosse (3) sans les astreindre aux formalités de l'article 26.

Quant au capitaine, qui prend toujours en main l'intérêt de ses armateurs, il est probable que son désir de faire des dépenses sans nécessité n'ira pas jusqu'à lui faire préférer l'hypothèque, qui les soustrait à la responsabilité de l'article 236 C. Com. Il sera au contraire porté à se servir plutôt de l'emprunt à la grosse, quelque cher qu'il coûte, car cette dépense étant accessoire des frais d'avarie tombe toujours à la charge de l'assureur :

1. *Ibid.*, p. 361.

2. Laurin sur Cresp : *op. cit.*, t. I, p. 184 note.

3. Cette antériorité de rang se justifie d'ailleurs fort bien : pourvoyant à des besoins urgents et constituant souvent une sorte de mesure de salut, le prêt à la grosse fait en cours de voyage contribuer à la conservation du gage des créanciers hypothécaires (Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, n° 2433) ; que si le gage périt néanmoins, le prêteur à la grosse perd tout droit, et le créancier hypothécaire n'est point gêné même par une concurrence chirographaire de sa part (Millet : *Bull.*, p. 110).

il y a là tout l'attrait d'un bénéfice à procurer aux armateurs aux dépens des compagnies d'assurance (1). Et puis la faculté d'hypothéquer devait être limitée à une certaine somme : dès lors le pouvoir donné pouvait être insuffisant en certaines circonstances, ou au contraire induire le capitaine à contracter des emprunts non absolument nécessaires (2).

Enfin y avait-il apparence que les propriétaires eux-mêmes donnassent volontiers au capitaine ce pouvoir d'hypothéquer leurs navires, s'enlevant ainsi et la possibilité d'invoquer éventuellement l'article 216 C. Com., et tout contrôle sur les emprunts à réaliser dans les limites consenties (3) ?

D'autre part, le système de publicité organisé pour l'hypothèque éventuelle était d'une difficile exécution et constituait un autre obstacle à son adoption par la pratique. Comment, à défaut de consul de France, contraindre un officier public étranger du lieu du contrat à inscrire sur l'acte de francisation les hypothèques consenties, et surtout à mentionner ces inscriptions sur un registre spécial et à conserver ce registre ? Et si ces registres ne sont pas tenus, comment prouver la réalisation de l'inscription hypothécaire, en cas de perte du navire ou de l'acte de francisation avant son retour (4) ? Puis quelle serait la responsabilité des fonctionnaires étrangers, et même des consuls français, au cas de fautes ou d'erreurs commises dans l'inscription ? L'article 1383 C. Civ. ne suffirait pas à rendre cette responsabilité effective.

1. *J. Off.*, n° du 11 décembre 1874, p. 8188.

2. Millet : *Bull.*, p. 109.

3. Massigli : *op. cit.*, p. 361.

4. Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, p. 519, note 1.

Pour toutes ces raisons et pour d'autres encore, c'est en cette matière que la pratique a infligé à la loi de 1874 l'échec le plus éclatant. Voici le bilan complet de l'hypothèque éventuelle :

En 1875, une seule réserve de 190.000 fr. ;

En 1877, 8 réserves pour un total de 463.000 fr. ;

En 1880, une seule, pour 5.000 f.

En tout : 10 réserves d'hypothèques éventuelles, en plus de dix ans, pour la somme de 658.000 fr.

35. — Sa suppression en 1885 n'a pas entraîné celle de l'hypothèque constituée sur un navire en cours de voyage (1). Elle a au contraire tranché la controverse qui s'était élevée sur la nécessité de la présence du navire au port où se fait l'inscription (2). Aucun droit hypothécaire ne peut s'établir sur des navires en cours de voyage, — disait la circulaire de la direction générale des douanes, du 28 avril 1875, — autrement que dans les conditions déterminées par l'article 26. Or, que l'impossibilité d'opérer immédiatement l'inscription au dos de l'acte de nationalité fût (3) ou non un obstacle à la constitution d'une hypothèque, cette préoccupation a disparu depuis que cette inscription n'est plus requise, et rien ne s'oppose plus à ce que le propriétaire ou son mandataire spécial consente une hypothèque, et la fasse inscrire au registre du port d'immatricule, pendant l'absence du navire.

Telle est l'opinion en Belgique, où l'hypothèque éventuelle n'existe pas.

En Angleterre, où elle existe avec des caractères parti-

1. Desjardins : *op. cit.*, p. 391.

2. *J. Off.*, 1883 : Sénat, annexes, p. 570.

3. *J. Off.*, n° du 28 juin 1874, p. 4424.

culiers, on admet également que l'armateur resté au port peut hypothéquer son navire en voyage, à condition de faire inscrire l'hypothèque au port d'attache.

De même en Italie, où le Code de commerce, — après avoir admis (art. 485 al. 2) la validité du gage constitué à l'étranger et transcrit sur les registres du consul royal du lieu où se trouve le navire. — suppose dans son article 489 le cas de constitution de gage dans le royaume pendant que le navire voyage à l'étranger, et décide qu'un tel contrat est opposable aux tiers du jour seulement de sa mention sur l'acte de nationalité.

36. — L'article 372 du Code de commerce néerlandais n'admet que le prêt à la grosse par le capitaine en cours de voyage.

Un tribunal danois, le 22 novembre 1882, a donné implicitement la même solution ; en ajoutant que la créance du prêteur ne se reportait point *ipso jure* sur le montant de l'assurance.

Il n'y a pas trace de l'admission d'une hypothèque éventuelle, dans la législation des États-Unis.

Quant à l'Angleterre, de l'exemple de laquelle on n'a pas manqué de se recommander en 1874, la combinaison qu'elle a admise dans les articles 76 et suiv. de son Merchant Shipping Act n'est point du tout, ni par le but poursuivi ni par la manière de procéder, celle de notre ancien article 26. Tout propriétaire de navire ou de portion de navire, qui veut en disposer par voie d'hypothèque hors du pays où se trouve le port d'immatricule, commence par déclarer au conservateur des registres :  
1° les noms de ceux à qui il veut déléguer ce pouvoir, —  
2° le maximum des charges hypothécaires qui pourront

être consenties, s'il juge à propos d'en fixer un, — 3° les places où pourra être exercé ce pouvoir, ou bien l'indication qu'il pourra être exercé en tous lieux, — 4° le délai pendant lequel il pourra être exercé (art. 77). On voit qu'il n'y est pas spécialement parlé du capitaine, qui ne pourra consentir hypothèque sans y avoir été spécialement autorisé ; il ne s'agit donc point d'emprunts contractés en cours de voyage pour radoubs ou victuailles, car on n'aurait pas exigé la nomination d'un mandataire spécial, et l'on n'aurait pas songé non plus à limiter le nombre des places où l'emprunt peut être effectué (1). Quoi qu'il en soit, il est délivré au propriétaire, sur la déclaration précitée, un *certificat d'hypothèque* qui l'habilite à faire hypothéquer son navire hors du royaume (art. 76), et qu'il pourra révoquer moyennant certaines formalités (art. 83). Aucun certificat ne pourra d'ailleurs autoriser des constitutions d'hypothèques dans le pays même (Royaume Uni ou possession britannique) où est situé le port d'immatricule, ni par personnes non dénommées audit certificat (art 78). L'article 80 pose enfin un certain nombre de règles, dont j'extrais les plus importantes : Ces hypothèques doivent être inscrites au dos du certificat par un *registrar* ou un agent consulaire britannique ; — Aucune hypothèque consentie de bonne foi ne sera attaquer pour cette raison, que la personne qui a donné le pouvoir serait morte avant la constitution de l'hypothèque ; — Les hypothèques inscrites sur le certificat priment toute celles qui ont été constituées postérieurement à la transcription *du certificat* sur le registre,

1. Millet : *Bull.*, pp. 108-109.

et elles viennent entre elles, nonobstant toute clause contraire, dans l'ordre de leurs inscriptions sur le certificat, et non d'après les dates des actes constitutifs ; — Les radiations seront opérées sur le certificat, sur la production des documents requis pour effectuer les radiations sur les registres ; — Enfin le certificat sera remis, au retour, au fonctionnaire qui l'a délivré : celui-ci transcrira sur son registre, de façon à leur conserver leur priorité, toutes les hypothèques non éteintes, puis annulera le certificat et mentionnera sur son registre le fait de cette annulation.

§ III. — *Formes de la constitution d'hypothèque.*

37. — L'hypothèque ne pouvant, comme je l'ai dit, résulter en notre matière que d'une convention (1), il s'agissait de déterminer en quelles formes cette convention pouvait être passée. Appliquerait-on l'article 2127 Code civ. ? On s'est borné à exiger un écrit : il suffit d'un acte sous signatures privées (2).

La loi Belge (art. 135) et le Code italien (art. 485, al. 1) décident de même.

En Angleterre, l'acte doit être scellé, et quoique la loi ne le dise pas, passé en présence d'un ou plusieurs témoins, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit sur papier

1. Il en est de même en Angleterre, aux Pays-Bas, en Belgique (art. 134), en Italie. Cela provient, en ce dernier pays, de ce que l'on n'y a admis que le *gage naval* (Lyon-Caen et Renault: *op.cit.*, p. 311, note 2).

timbré (1) : des imprimés, contenant des mentions beaucoup plus minutieuses que celles que notre loi exige, sont vendus tout préparés d'après le modèle joint au Merchant Shipping Act, et l'on n'a qu'à remplir les blancs.

L'article 315 du Code Néerlandais n'exige pas l'authenticité. Depuis une loi du 8 juillet 1874 (art. 2) il n'exige même plus, comme auparavant, la date certaine : il suffit que l'acte énonce le montant de la dette et des intérêts stipulés (2).

Seul, l'article 767 du Code de l'Uruguay exige en tous cas la passation du contrat constitutif d'hypothèque devant un officier public.

L'article 4193 des statuts révisés des États-Unis y met une restriction : c'est seulement au cas où l'on voudra faire enregistrer un acte de constitution, transport, ou mainlevée d'hypothèque, qu'il faudra faire préalablement reconnaître cet acte par un notaire ou autre officier public autorisé à recevoir ces sortes de reconnaissances. La cour suprême des États-Unis a d'ailleurs décidé en octobre 1879 (3) que cette reconnaissance n'avait aucune influence sur la validité de l'hypothèque.

Il était une formalité spéciale que prescrivait le Code Italien de 1865 : n'admettant que le gage des navires, il avait cru devoir exiger la possession réelle du créancier, sinon par lui-même, du moins par un tiers. A cet effet était constitué sur le navire un gardien, qui pouvait être

1. MM. Lyon-Caen et Renault (*op. cit.*, p. 514, note 3) font remarquer qu'un procès-verbal de conciliation, acte authentique qui ne suffirait pas pour une hypothèque terrestre (art. 54, al. 2, C. pr. civ), suffit en notre matière.

2. Maclachlan : *op. cit.*, p. 42.

3. *Les Codes Néerlandais*, trad. par G. Tripels : p. 359, note a.

4. *Albany law journal* : vol. 24, p. 16.

le capitaine lui-même, si celui-ci n'était ni propriétaire ni copropriétaire du bâtiment : il arrivait alors que le capitaine-gardien, représentant naturel du propriétaire ou de l'armateur, c'est-à-dire du débiteur gagiste, représentait en même temps le créancier (1). Le Code de 1882, tout en conservant à l'institution son nom de gage, a fait cesser cette bizarrerie en décidant que, « pour l'efficacité du gage sur navires, la nomination d'un gardien n'est pas nécessaire » (art. 487).

38. — Un écrit sous signatures privées suffit donc, à peu près partout, comme en France. Mais l'hypothèque, pas plus que la vente d'un navire (2), ne pourrait être prouvée par témoins, ni par les livres ou la correspondance des parties. Quant à l'aveu et au serment, ils engendrent un contrat judiciaire constaté par écrit.

Nulle forme spéciale n'est d'ailleurs requise pour la confection de l'acte. Pourtant, la circulaire du 28 avril 1875 constate que l'article 18 de la loi du 27 vendémiaire an II exige la copie de l'acte de francisation dans le contrat de vente d'un navire ou d'une portion de navire; et elle en prend texte pour recommander aux receveurs de veiller à ce que cette disposition soit observée dans les conventions relatives aux hypothèques, ou du moins à ce que ces conventions reproduisent les principales indications de l'acte de francisation, avec une précision suffisante pour qu'aucune confusion ne soit possible.

Cette mesure est sage : on s'y conforme en Angleterre, où « l'acte d'hypothèque comprend, en vue de constater l'identité du navire, une copie du certificat de l'agent des

1. Vidari : *op. cit.*, n° 2814.

2. Art. 195, al. 4, C. com.

douanes (1) » ; mais on ne peut l'imposer aux parties : ce serait ajouter aux dispositions de la loi.

Faut-il d'autre part décider, comme le fait le Code du Bas-Canada (art. 2380), que, si l'acte constitutif d'hypothèque n'est pas passé devant un notaire, il doit être fait double (2) ? — Non, car il s'agirait ici d'appliquer l'article 1325, Code civil, qui parle d'actes sous-seing privé contenant des *dispositions bilatérales* ; or ne sommes-nous pas en dehors des termes de cet article, déjà écarté le plus généralement par les usages du commerce (3) ?

Pourtant, M. Mallet (*thès. cit.*), et après lui MM. Lyon-Caen et Renault (4) décident que l'acte constitutif doit être soumis à la formalité du double exemplaire, se fondant sur ce que l'un des *originaux* (art. 8) doit rester entre les mains du receveur des douanes qui a opéré l'inscription : l'article 8, disent-ils, suppose donc au moins un second original, qui est en effet nécessaire, soit pour utiliser la forme à ordre (art. 12), soit pour le communiquer au receveur à qui l'on demande la radiation de l'hypothèque (art. 15 al. 2).

Le tribunal de commerce de Nantes me semble avoir jugé avec plus de raison, le 5 novembre 1881 (5), que « la formalité des doubles exemplaires n'est indispensable qu'autant que la loi l'a *expressément* indiquée ; que l'article 2 ne dit pas que l'acte sera fait en double et surtout à peine de nullité ; qu'il n'est pas permis de suppléer des

1. MacLachlan : *op. cit.*, p. 42.

2. L'art. 2380 ajoute : « En présence de deux témoins ».

3. Desjardins : *op. cit.*, p. 402.

4. *Op. cit.*, n° 2415, al. 2.

5. *J. de Nantes*, 82-1-106.

nullités que la loi n'a point édictées ; que si l'article 8 prévoit l'existence de plusieurs originaux, c'est qu'il vise ce qui se passera le plus souvent, mais que ses prescriptions ne sont du reste pas, elles non plus, énoncées à peine de nullité ». Du moins le dépôt d'un exemplaire ne doit-il pas être rangé parmi les formalités exigées sous cette sanction.

Quant à la nécessité d'un double pour faire opérer la radiation, elle n'est pas absolument prouvée ; mais, le fût-elle, elle ne suffirait pas à faire exiger *en tous cas* ce double original : l'impossibilité de faire opérer la radiation, comme de transmettre l'hypothèque par voie d'endossement sur l'acte constitutif, implique-t-elle que l'hypothèque ne soit pas régulièrement constituée ?

39. — La possibilité de constituer une hypothèque par acte sous-seing privé a fait naître une autre question, relativement au mandat d'hypothéquer.

Ce mandat doit toujours être donné par écrit : ainsi le décide l'article 136 de la loi belge, et il en est de même, dans le silence de notre loi, en vertu du principe général d'après lequel les formes exigées, soit *ad solemnitatem* soit *ad probationem*, pour un acte, le sont aussi pour le mandat ayant cet acte pour objet (1). Mais peut-il être toujours donné sous-seing privé ?

La Cour de Cassation (2) s'appuie sur le principe que je viens de rappeler, pour exiger la forme authentique au cas de mandat donné à l'effet de constituer hypothèque sur un immeuble : la loi, dit-elle, ne peut être présumée

1. Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, p. 515, note 4.

2. Civ. Cass., 29 juin 1881 : *Sir.*, 83-1-248 : *cf.*, Aubry et Rau : § 411, texte et notes 6 et 7.

avoir autorisé le mandant à faire indirectement ce que personnellement et directement il n'aurait pu faire.

Cette raison ne suffirait pas à écarter en notre matière le mandat sous-seing privé, puisque la constitution même d'hypothèque peut avoir lieu en cette forme. Mais si l'on adoptait les motifs donnés par un autre arrêt (1) rendu dans le même sens, et d'après lequel « les deux actes constitutifs de l'hypothèque et du mandat forment un tout indivisible soumis aux mêmes conditions, et doivent par suite revêtir (au cas d'hypothèque immobilière) le même caractère d'authenticité », il faudrait décider que le mandataire à qui ses pouvoirs ont été donnés sous-seing privé pourra bien constituer hypothèque sur un navire par acte sous-seing privé, mais que pour constituer cette hypothèque par acte authentique un mandat authentique serait nécessaire.

Cette solution toutefois doit être écartée, et il faut, repoussant le motif donné par la Chambre des Requêtes, admettre la validité d'un mandat sous-seing privé à l'effet d'hypothéquer un navire par acte authentique. Le mandat et la constitution d'hypothèque sont deux actes distincts et parfaitement divisibles, et la seule raison d'exiger un mandat authentique au cas d'hypothèque immobilière est la même qui a fait exiger par l'article 2127 Code civil l'authenticité de l'acte constitutif : la loi a voulu protéger la liberté, assurer par des conseils la clairvoyance de celui qui grève ses biens et altère son crédit ; elle a voulu en outre que les procédures d'ordre ne fussent pas embarrassées par des méconnaissances d'écriture dirigées

1. Req. rej., 27 juin 1881 : *Sir.*, 81-1-441.

contre des actes sous-seing privé (1). Or la loi a écarté ces considérations au cas d'hypothèque sur les navires : il ne reste plus aucun motif d'exiger jamais en cette matière l'authenticité du mandat.

40. — La faculté de procéder par actes sous-seings privés doit aussi s'étendre aux actes subséquents, malgré l'assertion contraire de la circulaire de 1875 : « Aucune mutation par suite d'héritage ou de donation », dit-elle; « aucune subrogation aux droits du créancier primitif ne peut être mentionnée sur le registre d'inscription qu'autant qu'elle résulte d'actes ou de titres authentiques. La même règle s'appliquerait aux mentions qui pourraient être requises en vertu d'un titre transmis par voie d'endossement. Il faudrait alors que le titre eût été représenté à un notaire qui aurait donné acte du contenu. »

C'est là une exigence arbitraire. Tout ce qui n'est pas défendu est permis, et quand le législateur veut faire intervenir un officier public, il le dit expressément (*voy.* art. 15, al. 1). Il y aurait d'ailleurs une inconséquence véritable à exiger que l'on s'adressât à un notaire pour effectuer la moindre subrogation aux droits du créancier primitif, alors que la constitution même de l'hypothèque, qui est l'acte le plus grave, et le mandat donné pour la constituer peuvent être sous signatures privées (2) : n'y a-t-il pas en ces deux derniers cas mêmes raisons de sauvegarder la responsabilité du receveur, qui est le seul intérêt auquel ait songé la circulaire? Enfin, même en matière immobilière, l'acte authentique, nécessaire pour la constitution de l'hypothèque, n'est exigé par aucune dis-

1. Labbé : note sous l'arrêt du 27 juin 1881.

2. Desjardins : *op. cit.*, n° 1222, p. 424.

position de la loi pour constater la cession de cette même hypothèque (1) ; et on en conclut que celle-ci peut être cédée par acte sous-seing privé (2). Comment en serait-il autrement pour les navires ?

41. — La loi anglaise suppose la présence d'un officier public à l'acte de transfert (3).

L'article 4193 des statuts révisés des États-Unis l'exige.

§ IV. — *Formes de la constitution d'hypothèque (suite). — Du titre à ordre.*

41 bis. — Outre la présence de l'officier public, le Merchant Shipping Act, tout en reconnaissant la possibilité du transfert par endossement, exige pour sa validité à l'égard des tiers qu'il soit enregistré à la douane, avec mention de cet enregistrement au dos de l'acte (art. 73).

La loi française (art. 12) se contente, sans autres formalités, d'un endossement sur le titre, supposé à ordre.

De même en Allemagne le titre hypothécaire est négociable, paraît-il, par voie d'endossement dans la forme du warrant ; toutefois l'article 3 al. 2 de la loi de Hambourg semble exclure ce mode, en ne mentionnant que la pos-

1. Il est généralement admis que les formalités prescrites par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 ne sont pas applicables aux cessions d'autres hypothèques que celle de la femme mariée.

2. Pascaud : *Examen doctrinal*, *Rev. crit.*, 27<sup>e</sup> année, p. 717.

3. Du moins peut-on induire cela de la formule d'endossement donnée par le Merchant Shipping Act ; puisque le concours d'un officier public est prescrit au cas de transfert par endossement, à plus forte raison doit-il avoir lieu pour tous autres modes de transfert.

sibilité d'une transmission totale ou partielle par déclaration du créancier portée sur le registre des navires.

Aux Pays-Bas, en vertu d'un arrêté royal de 1836, les cessions d'hypothèques restent sans effet vis-à-vis des tiers aussi longtemps que le nom du cessionnaire n'a pas été inscrit au registre (1).

La loi belge (art. 144) exige aussi, pour que la cession même par voie d'endossement soit opposable aux tiers, que mention soit faite, en marge de l'inscription, de la date et de la nature du titre, avec indication des noms, professions et domiciles des parties.

Le Code italien, qui admet aussi la transmission par voie d'endossement (art. 488), accorde seulement au cessionnaire la *faculté* de mentionner sur le registre maritime et sur l'acte de nationalité l'endossement survenu (art. 676).

42. — Cette faculté est précieuse, quoi qu'en dise la circulaire de 1875 ; il y a intérêt, pour le bénéficiaire du titre à ordre, à faire mentionner son nom sur le registre, en marge de l'inscription, pour recevoir les notifications de l'article 18 et exercer, le cas échéant, le droit de surenchère de l'article 20 (2) ; autrement les notifications à fin de purge seraient valablement faites au dernier des bénéficiaires successifs de l'acte désignés par le registre.

C'était cette éventualité dangereuse pour le cessionnaire inconnu actuel, qui faisait dire à un membre de l'Assemblée Nationale (3) qu'en matière d'hypothèque le

1. Asser : *op. et loc. cit.*, p. 117.

2. Desjardins : *op. cit.*, p. 423.

3. *J. Off.*, n° du 28 juin 1874, p. 4417, et du 11 déc. 1874, p. 8184.

titre à ordre inspirerait l'effroi et non la confiance, et qu'il y avait là un véritable danger pour le succès même de la loi.

La mention en marge, simple mesure de précaution inutile pour la validité de l'endossement, est un moyen de parer à tout inconvénient ; et la loi du 28 mai 1858 (art. 5, al. 3), nous prouvant qu'une telle mention n'est pas sans exemple dans nos lois, fournit un argument en sa faveur (1). Cette mention fût-elle, d'ailleurs, impossible, les dangers que présente la rédaction de l'acte constitutif d'hypothèque en la forme d'un billet à ordre devaient-ils faire prohiber cette manière de procéder ? Les négociants eux-mêmes désiraient qu'on leur en laissât la faculté. S'ils la jugent dangereuse maintenant, ils en seront quittes pour n'en point faire usage (2).

La transmissibilité par endossement est en elle-même d'une grande utilité, comme l'avaient compris les auteurs du Code hypothécaire de l'an III et les législateurs de 1850 (3). C'est précisément sur les désirs exprimés par tous ceux qui devaient en user, que l'on a motivé en 1874 la décision prise ; et l'on a invoqué comme précédent la possibilité de transmettre les warrants par endossement (4) ; mais la faculté de rédiger l'acte constitutif d'hypothèque sous forme de titre à ordre était présentée par les auteurs du projet de 1872 (5) comme une dérogation au droit civil.

1. Boistel : *Précis de dr. com.*, no 1162.

2. *J. Off.*, no du 11 décembre 1874, p. 8184.

3. *Monit. univers.*, no du 26 juin 1850, p. 2179.

4. *J. Off.*, *loc. cit.*, *sup.*

5. *J. Off.*, no du 26 août 1872 (Exposé des motifs).

Cette dernière assertion était-elle bien exacte, et l'article 12 déroge-t-il vraiment au droit commun hypothécaire ? C'est ce dont il est permis de douter, même si l'on remarque qu'il ne s'agit pas seulement dans cet article de la transmission de l'hypothèque accessoirement à la créance qu'elle garantit, lorsque cette créance est cessible par voie d'endossement, mais de la translation du droit hypothécaire indépendamment de la créance. Il ne s'agit point en somme d'admettre avec la jurisprudence (1) que, par application de l'article 1692 Code civil, l'endossement du titre de créance emporte cession de l'hypothèque en même temps que de la créance garantie par cette hypothèque ; et notre article 12 ne se borne pas à parler, avec l'article 14 alinéa 2 de la loi belge, de la cession de la créance, ni à dire avec l'article 488 du Code italien que l'endossement produira transfert *de la créance* et de tous droits accessoires ; il ne réédite pas pour l'hypothèque ce que l'article 313 C. Com. décide pour le prêt à la grosse : il dispose que « si le titre constitutif de l'hypothèque est à ordre, sa négociation par voie d'endossement emporte la translation du droit hypothécaire. »

Or je crois que, même en ces termes, cette disposition est applicable à l'hypothèque des immeubles comme à celle des navires.

Cela résulte des trois propositions suivantes, qui sont courantes aujourd'hui : 1° L'hypothèque peut être cédée sans la créance (2) : — 2° L'emploi de la clause à ordre

1. Civ. Cass., 8 mai 1878 : *Dal.* 78-1-241 ; en sens contraire note de L. Cabantous, sous *Sir.*, 38-1-212.

2 Beudant : *De la subrogation aux droits d'hypothèque*, n° 53 à 78.

n'est nullement incompatible avec la nature civile de l'opération, ni même avec la forme notariée de l'acte (1) — 3° Le titre constitutif d'hypothèque immobilière peut d'ailleurs être rédigé en brevet (2), ce qui permet d'éviter tous les inconvénients qu'il y aurait, au cas d'acte rédigé en minute, à faire circuler la grosse seule, sur laquelle serait écrit l'endos (3). Dès lors toute hypothèque peut-être valablement consentie par un billet à ordre notarié (4).

Il n'était pourtant pas inutile de le spécifier en notre matière, la controverse subsistant au cas d'hypothèque sur les immeubles.

43. — Au cas où l'endossement ne pourra pas avoir lieu sur le titre constitutif, — si celui-ci, par exemple, rédigé en un seul original, est sous-seing privé ou reçu en brevet, auquel cas il doit rester déposé au bureau du receveur des douanes (art. 8, al. 1), — le créancier a toujours entre les mains un titre certifiant l'inscription : c'est le bordereau visé par le receveur (art. 9). Ne suffirait-il pas de remettre ce bordereau au cessionnaire avec un endos (5) ?

La négative me semble imposée par les termes mêmes de l'article 12, d'après lequel c'est l'endossement du *titre*

1. Civ. Cass., 8 mai 1878, et note de M. Beudant sous cet arrêt : *Dal.* 78-1-241 ; Challamel : *De la cession des créances hypothécaires* (thèse, 1878) p. 86.

2. Alger, 7 mai 1870, et note de M. Lyon-Caen : *Sir.* 71-2-105.

3. Beudant : *not. cit., sup.*, p. 244.

4. Beudant : *ibid.* ; Pascaud : *Examen doctrinal cit. sup., in fine* ; Challamel : *thès. cit. sup.*, p. 83 ; G. Rondel : *De la mobilisation du sol en France* (thèse, 1888), p. 176.

5. de Valroger : *Droit marit.*, n° 1233.

*constitutif* supposé à ordre, qui transfère l'hypothèque, et non pas l'endossement d'un écrit quelconque constatant l'inscription et signé de celui-là seul qui l'a requise.

Donc l'impossibilité de transférer l'hypothèque par voie d'endossement au cas d'un seul original peut bien n'être pas un motif suffisant pour exiger en tout cas la rédaction d'un original double ; mais cette impossibilité existe quand le dépôt au bureau de la douane a été effectué, et ceux qui voudront se servir de l'article 12 devront compter avec elle.

44. — Est-il possible de donner au titre constitutif d'hypothèque la forme, non plus d'un billet à ordre, mais d'un titre au porteur ?

Cela n'est dit nulle part, et ce serait inconciliable avec les exigences de la loi quant aux conditions que doit réunir l'inscription : en effet celle-ci doit notamment faire ressortir le nom du créancier (1), ce qui est encore possible, au cas d'acte constitutif à ordre, au moins quant au nom du créancier à l'ordre duquel a été créée l'hypothèque.

Le rapport présenté à l'Assemblée Nationale admettait la forme au porteur, disant qu'ici aussi l'inscription désignait le premier bénéficiaire de l'acte : c'est une erreur, car un titre créé directement au porteur n'indique nullement ce premier bénéficiaire (2), à peine de cesser d'être au porteur.

1. Bédarride : *op. cit.*, n° 217.

2. Desjardins : *op. cit.*, p. 406.

---

## CHAPITRE IV

### DE LA PUBLICITÉ DE L'HYPOTHÈQUE SUR LES NAVIRES

#### § I. — *Principe de l'inscription.*

45. — L'hypothèque est une pièce en deux actes. Le premier se passe entre les parties : c'est la constitution. Le deuxième a lieu devant un fonctionnaire public désigné à cet effet : c'est la réalisation des mesures de publicité.

Dans certaines législations, ce second acte est facultatif. Ainsi en Angleterre, la formalité de l'inscription ou *enregistrement*, exigée pour les actes de vente et d'hypothèque par les anciens statuts relatifs à la marine marchande (1), ne l'est plus depuis 1854 que pour la validité de la vente (*Merch. Ship. Act*, art. 53 et suiv.) et de l'hypothèque éventuelle (2) : celle-ci n'est possible en effet que sur délivrance d'un certificat, nécessairement enregistré. Quant à l'hypothèque ordinaire, on a seulement laissé subsister une publicité légale facultative, que règlent les art. 66 à 75 du *Merchant Shipping Act*, et qui consiste en une inscription sur des registres maritimes. Cette inscription requise sur production des actes consti-

1. Maclachlan (*op. cit.*, p. 42) semble indiquer que l'enregistrement constituait alors une condition d'efficacité de l'hypothèque même entre les parties ou leurs ayant-cause.

2. Maclachlan : *ibid.*, note.

tutifs d'hypothèques ne peut être refusée (art. 66) ; elle a lieu dans l'ordre des productions (art. 67). C'est du jour de la passation de l'acte constitutif, ajoute Maclachlan (*op. cit.*, p. 41), que date le droit du créancier hypothécaire, à l'égard du débiteur ; mais à l'égard des tiers, c'est seulement du jour de l'inscription. Pourtant nous verrons qu'à défaut d'inscription ce droit existe néanmoins à l'égard des tiers, puisqu'on se préoccupe du rang à lui accorder.

Aux États Unis, la connaissance que les tiers peuvent avoir de la constitution d'hypothèque supplée, à leur égard, à l'enregistrement. L'article 4192 des statuts révisés décide en effet que l'hypothèque n'est valable vis-à-vis de toute personne autre que le constituant, ses ayants cause ou les tiers qui ont eu connaissance de l'hypothèque, que si l'acte a été enregistré au bureau du receveur des douanes où le navire est immatriculé. Mais cette formalité suffit alors même que les lois particulières de l'Etat où le contrat est passé en prescrivent d'autres.

A Hambourg l'art. 6, al. 2, *in fine*, que nous retrouverons tout-à-l'heure, semble admettre, malgré la disposition formelle de l'art. 1<sup>er</sup> la validité d'hypothèques (1) non inscrites.

En Danemark, des diverses combinaisons employées pour affecter un navire à la garantieréelle d'une créance, j'ai déjà cité celle qui, donnant un droit de suite et un droit de préférence au créancier sans déposséder le débiteur, se rapproche tout-à-fait de l'hypothèque. Sa publicité toute rudimentaire, et qui suffit pourtant à rendre

1. Appelées ici « droits de gage conventionnel. »

le contrat d'affectation opposable à tous, consiste dans une simple lecture de ce contrat devant le tribunal du lieu (1) c'est là une garantie absolument insuffisante pour les tiers (2). Cette manière de procéder ne se comprend que comme un moyen de rendre un service personnel à un armateur dont on connaît l'honorabilité et la solvabilité.

46. — L'hypothèque ne se comprend en somme que servie par une publicité bien organisée.

L'établissement de cette publicité a paru à la commission belge de 1864 devoir occasionner des retards assez grands dans la marche des affaires et un accroissement de frais assez considérable, pour faire rejeter l'hypothèque sur les navires. C'était de tous les griefs qu'on peut élever contre cette institution, choisir un des moindres. Sous réserve, en effet, de la grande utilité qu'il aurait pu y avoir, comme nous le constaterons, à maintenir certaine formalité édictée par la loi de 1874, il est possible en somme de réduire à un minimum indispensable les formalités à exiger ; et l'on est fondé à croire que ce ne sont pas les dispositions de la loi de 1885 à ce sujet qui ont le plus contribué à éloigner les prêteurs (3).

La plupart des législations qui admettent l'hypothèque sur les navires établissent en même temps un système de publicité auquel elles subordonnent la validité des hypothèques à l'égard des tiers.

L'art. 485 al. 2 du Code Italien dispose que l'acte constitutif de gage est sans effet à l'égard des tiers, s'il n'est transcrit sur un registre spécial.

1. Millet : *J. de dr. intern. pr.*, p. 100.

2. Desjardins : *op. cit.*, n° 1206.

3. L. Morel : *Rev. prat., loc. cit.*, p. 14.

Même décision en Belgique (loi de 1879, art. 142), au Bas-Canada (art. 2380 C. civ.), et dans les lois du 24 juin 1861 (art. 59) pour la Prusse, du 27 janvier 1879 (art. 1) pour le Hanovre, du 20 janvier 1882 (art. 1) pour la ville de Lübeck, du 27 avril 1885 (art. 1) pour celle de Hambourg.

Même décision enfin dans notre article 6, al. 1; et, en matière d'hypothèques sur les navires non plus qu'en matière d'hypothèques sur les immeubles, rien ne peut suppléer l'inscription. On ne peut donc opposer à un tiers sa connaissance personnelle d'une hypothèque non inscrite : celle-ci est *légalement* ignorée. Ce n'est qu'en se laissant influencer par les circonstances toutes spéciales de la cause, que la Cour de Caen et après elle la Cour de Cassation ont pu juger le contraire (1).

## § II. — *Rang des hypothèques.*

47. — L'inscription sert donc à sauvegarder les droits des tiers, parmi lesquels il faut comprendre les créanciers auxquels le propriétaire du navire consent ultérieurement des hypothèques : elle sert ainsi subsidiairement à établir l'ordre dans lequel ces créanciers viendront à la distribution des deniers.

Un tribunal français ne pourrait pas, comme faisait le tribunal supérieur de Copenhague le 21 janvier 1834, permettre de suppléer à l'inscription par la connaissance, que pourrait avoir un créancier postérieur, de l'affectation antérieure du navire à d'autres créanciers : ceux-ci

1. Req. rej, 7 décembre 1831 : *Sir.*, 33-I-315.

passant avant celui-là comme si leurs titres avaient été inscrits.

Il faut aussi aux États-Unis, d'après le principe rappelé, donner au créancier non inscrit la priorité sur le créancier postérieur qui, inscrit ou non, connaît cette hypothèque antérieure à la sienne.

Il en est autrement en Angleterre, où jamais, en aucun cas, une hypothèque inscrite ne peut-être primée par une hypothèque non inscrite (1). C'est seulement à défaut d'enregistrement des hypothèques successivement concédées, que leur rang est déterminé par l'ordre de priorité des dates de concession : ce qui a lieu, du reste, même au détriment du créancier qui s'est fait consentir une hypothèque sans la savoir en second ordre, et qui a consulté le registre d'inscription avant d'avancer les fonds (2). Entre hypothèques également inscrites, c'est exclusivement la date de l'inscription qui, nonobstant toute clause contraire, détermine leur rang (Merch. Ship. Act, art. 69).

La loi de Hambourg, après avoir dit dans son article 1<sup>er</sup>, d'une façon générale et sans restrictions, que c'est l'inscription qui donne naissance au droit de gage conventionnel opposable aux tiers, dispose dans l'alinéa 2 de son article 6 que les droits de gage conventionnel inscrits viendront avant les droits de gage conventionnel non inscrits.

Presque toutes les autres législations subordonnent le rang des créanciers hypothécaires à l'ordre des inscriptions. Aux codes et lois cités au § précédent, nous ajou-

1. Maclachlan : *op. cit.*, p. 44.

2. Arrêt de la Haute Cour, du 18 novembre 1876.

terons en ce sens l'article 315 dernier alinéa, du Code néerlandais.

48. — En ces divers pays on ne tient généralement compte que de la date du jour où l'inscription a été prise, de sorte que les hypothèques inscrites le même jour viennent en concurrence, nonobstant la différence des heures de l'inscription (loi de 1885, art. 10, al. 2). Pourtant la loi prussienne tient compte de l'heure, et il en est de même aux États-Unis.

La loi anglaise dispose que les hypothèques seront inscrites dans l'ordre de production des actes constitutifs (Merch. Ship. act, art. 67), pour être les créanciers appelés par ordre de date (art. 69); elle ajoute seulement que l'enregistreur mentionnera *sur l'acte constitutif* la date et l'heure de l'inscription (art. 67; cf. art. 73 *in fine*): on interprète cela en ce sens, que la date et l'heure déterminent le rang de priorité (1).

Dans une autre matière du droit maritime, notre loi tient un certain compte de l'heure des conventions conclues, pour régler l'ordre dans lequel s'exerceront les droits de contractants successifs: c'est pour les assurances, où l'on distingue si le contrat a été passé avant midi ou après (art. 332 et 359, C. Com).

Pour demander l'application de ce système à l'hypothèque, on a invoqué, outre l'exemple de l'Angleterre, le préjudice que peuvent causer à un prêteur, inscrit le matin, des inscriptions prises à son insu le soir du même jour (2). Il n'est pas sans exemple, dans les affaires commerciales, que plusieurs arrangements soient conclus

1. Maclachlan: *op. cit.*, p. 43.

2. Desjardins: *op. cit.*, p. 453.

coup sur coup, à quelques heures d'intervalle (1). Et si l'heure n'est pas une cause de préférence à dédaigner, au courant d'affaires strictement honnêtes, que sera-ce, la fraude intervenant? Que le jour même de l'inscription d'une hypothèque constituée sur son navire pour garantie d'un emprunt important, un armateur peu scrupuleux fasse prendre quelques heures plus tard, par des hommes de paille, deux ou trois autres inscriptions sur le même bâtiment, pour sûreté d'emprunts fictifs considérables : le premier créancier, qui s'est fié à la bonté de son hypothèque, n'obtiendra qu'un marc le franc à la distribution des deniers (2).

La solution adoptée par l'article 10 conseille aux prêteurs, s'ils n'ont pas confiance, de ne se dessaisir de leur argent que le lendemain de l'inscription par eux prise, après avoir stipulé dans le contrat de prêt que celui-ci serait annulé par toute hypothèque inscrite par un tiers le même jour. Mais ne voit-on pas quels obstacles apporteraient à la célérité des opérations commerciales de semblables conditions dans les contrats?

Toutefois on a considéré qu'une inscription ne peut pas toujours être faite séance tenante par le receveur, surtout si plusieurs inscriptions ont été prises simultanément. Il a paru dès lors que régler les droits des parties d'après l'heure de l'inscription, c'eût été ouvrir la porte à une foule de contestations, et laisser au receveur le moyen de favoriser l'un des créanciers aux dépens de l'autre (3).

Mais pourquoi le receveur ne pourrait-il pas inscrire

1. Millet : *Bull.*, p. 102.

2. T. Morel : *op. cit.*, n° 95.

3. de Valroger : *Droit marit.*, n° 1217, p. 227.

séance tenante? La loi même ne suppose-t-elle pas qu'il en doit être ainsi, lorsqu'elle lui prescrit, dans son article 9, de remettre au requérant l'un des bordereaux, « au pied duquel il certifie *avoir fait* l'inscription »? Puis qui empêcherait que plusieurs inscriptions *simultanément requises*, fussent indiquées sur les registres comme ayant été prises à la même heure? ce qui constituerait, sans danger pour les créanciers hypothécaires, un cas unique de concours entre eux.

La priorité serait ainsi quelquefois le prix de la course, mais quel mal y aurait-il à cela? *Jura vigilantibus succurrunt* (1).

Quoi qu'il en soit, l'article 10, quoique reproduisant à peu près dans son al. 2 le texte de l'article 2147 Code civil, n'est pas absolument inutile, car il indique que l'on a voulu repousser formellement une demande des commerçants marseillais, qui tendait à faire consacrer par notre loi la pratique anglaise.

49. — Plus malheureuse encore est la reproduction, par l'article 13, de la première phrase de l'article 2151 Code civil. Inutilement M. Valette avait-il écrit à la commission de l'Assemblée Nationale pour la prémunir contre cette reproduction d'un texte obscur (2), qui laisse subsister en notre matière toutes les controverses soulevées par le Code civil sur la fixation de l'année courante (3). Plus avisées, la loi belge (art. 145) étend la garantie à 3 années d'intérêts en chiffre rond, les lois des Pays-Bas (art. 315) et de Hambourg (art. 6) à 2 années

1. T. Morel : *loc. cit.*

2. Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, p. 523, note 1.

3. Desjardins : *op. cit.*, p. 454.

seulement : encore cette dernière exige-t-elle pour cela que le taux des intérêts ne dépasse pas 6 0/0.

Il va sans dire, affirme Alauzet (*op. cit.*, p. 29), que la seconde partie de l'article 2151, qui n'a pas été reproduite, est également applicable à l'hypothèque des navires. MM. Lyon-Caen et Renault (*op. cit.*, n° 2435) trouvent cela évident, et je n'aurai garde d'y contredire. Pourtant le législateur belge semble avoir été d'un avis opposé, motivant son silence à l'égard des autres intérêts sur ce que l'utilité d'admettre pour eux des inscriptions particulières portant hypothèque à compter de leur date n'apparaît guère en matière commerciale : ni le prêteur ni l'emprunteur n'ont coutume d'y laisser les intérêts s'accumuler durant plusieurs années (1).

50. — Quant à la question du rang des créanciers hypothécaires à l'égard de ceux qui ont un privilège sur le navire, elle a été tranchée par l'article 34, conformément au principe consigné dans l'article 2095 C. Civ.

Lors de la discussion de la loi, on a nié ce principe. Les privilèges, a-t-on dit (2), ne priment pas les hypothèques antérieures à la cause qui a fait naître ces privilèges.

Est-ce en vertu de ce dernier axiome, que les hypothèques sur les immeubles sont primées par les privilèges de l'article 2101 C. Civ. ? La conséquence qu'on en tirait était d'ailleurs au moins singulière : au lieu de reléguer les hypothèques à la fin de l'article 191, C. Com., on proposait de leur assigner la place qu'occupait, au n° 9 de cet article, l'ancien prêt à la grosse contracté avant le départ.

1. Lyon-Caen : *Ann. de législ. étr.*, p. 540, note 3.

2. *J. Off.*, n° du 11 décembre 1874, p. 8189.

Il se trouvait ainsi que l'hypothèque restait primée par une liste de huit privilèges, dont aucun n'aurait eu une cause antérieure à elle, et dont la plupart auraient eu presque sûrement une cause postérieure.

Mais, disait-on, tous ces privilèges, sauf le 7<sup>me</sup>, sont peu de chose; et quant au prêt à la grosse en cours de voyage, il est juste qu'il passe avant l'hypothèque. Au lieu que les dommages-intérêts résultant de la faute du capitaine ne pourraient primer le prêt hypothécaire sans l'annuler et le rendre impossible, en faisant dépendre son sort d'un événement futur, incertain, considérable, qu'il est impossible d'apprécier. La première base du contrat hypothécaire, c'est la certitude que le rang donné sera maintenu : c'est pour cela que les prêteurs font généralement renoncer la femme de l'emprunteur à son hypothèque légale (1).

Tout cela est-il bien exact? Est-il vrai d'abord que les créances comprises sous les huit premiers numéros de l'article 191, et notamment au n° 8, forment un ensemble si peu considérable, et ne constituent pas une menace suffisante pour éloigner quelquefois les prêteurs (2)? Et d'autre part faire passer l'hypothèque avant le privilège pour dommages-intérêts résultant de la faute du capitaine, ç'aurait été une nouvelle entrave apportée à l'application de la loi, en provoquant, comme le remarquait fort justement le rapporteur (3), la ruine des armateurs qui auraient recouru à l'hypothèque : pour sauvegarder l'intégralité de leurs droits au cas d'avaries ou

1. *J. Off.*, *eod. loc.*

2. L. Morel : *Rev. prat.*, p. 14.

3. *J. Off.*, *loc. cit.*

de non délivrance en temps utile, les chargeurs n'auraient voulu employer que des bâtiments libres de toute affectation hypothécaire. Les navires hypothéqués auraient été disqualifiés vis-à-vis des marines étrangères et des navires français appartenant à des armateurs assez riches pour se passer de crédit. De plus l'hostilité des compagnies d'assurances se serait accentuée encore, et elles refuseraient d'assurer aucun navire hypothéqué, dans la crainte de ne pas voir arriver en ordre utile leur privilège de l'article 191-10°.

Enfin, donner au prêt hypothécaire le n° 9 dans la nomenclature de cet article n'aurait pas été, comme on le prétendait, « le rétablir simplement au rang privilégié qu'il occupait autrefois comme prêt à la grosse » ; car celui-ci était limité comme privilège aux emprunts faits avant le départ pour certains besoins spéciaux et circonscrits, au lieu que l'hypothèque peut être consentie pour garantie de toutes sortes de prêts, applicables aux besoins les plus divers.

Restait à savoir si, évitant d'un côté de rendre l'hypothèque impossible ou nuisible, on ne s'exposait pas d'autre part à faire hésiter les capitalistes, devant le droit de priorité conservé à de nombreux privilèges.

Les articles 1037-1038 du Code de commerce de l'Uruguay ont tâché de parer à cet inconvénient en décidant que, sauf deux classes privilégiées de créanciers privilégiés, les autres viendraient en concours avec les créanciers hypothécaires dans l'ordre des dates de leurs inscriptions respectives : ce qui exclut, remarquons-le, les privilèges non inscrits.

Le Code maritime de Finlande (art. 12) et le Code civil

du Bas-Canada (art. 2383) intercalent l'hypothèque, au n° 7, parmi les autres privilèges qui grèvent le navire.

Le Code néerlandais (art. 315) fait passer l'hypothèque après tous autres privilèges, sauf celui du vendeur non payé, avec lequel elle concourt dans l'ordre des inscriptions.

Pour les États-Unis, M. Desjardins (1) relève dans le *United States Digest* une série de décisions judiciaires assez disparates, difficilement conciliables, et d'où l'on ne peut déduire aucune règle générale : tantôt le mortgage dûment enregistré ou même simplement reconnu prime des privilèges accordés par les statuts d'états particuliers (2), tantôt il est primé par ces privilèges conférés antérieurement ou non (3) ; et cela sans que nous puissions nous expliquer rationnellement ces divergences.

Les lois d'Angleterre (4), de Belgique, d'Italie (art. 675-13°) et de Hambourg (art. 6, al. 2) consacrent la même solution que notre loi de 1885 dans son article 34.

### § III. — *Publicité des registres et durée des inscriptions.*

51. — L'inscription étant une mesure de publicité, il faut que les registres soient publics ; il faut de plus que les recherches y soient promptes et faciles, pour fournir

1. *Op. cit.*, numéro 1234, p. 455.

2. *Voy. U. S. D.*, 1880, p. 790, 1878, p. 682 ; *add.* 1881, p. 772 : jugé qu'il n'y a pas lieu de distinguer à ce point de vue entre les privilèges créés par les lois locales et ceux issus de la loi générale.

3. *Ibid.*, 1879, p. 694, 1880, p. 790.

4. MacLachlan : *op. cit.*, pp. 42 et 107.

des renseignements exacts. C'est à quoi pourvoient les articles 16 et 11 de la loi de 1885.

L'article 16, qui fait un devoir au conservateur des registres de délivrer à tout requérant, moyennant un droit à payer, un état des inscriptions existantes ou un certificat négatif, reproduit l'article 2196 C. civ. Pour régler l'application de cet article sont intervenues, le 6 janvier 1811 une décision ministérielle, et le 17 du même mois une circulaire, auxquelles devront se conformer ceux qui requièrent un état des inscriptions existant sur tel navire (1) : cette réquisition devra donc être écrite, ou bien le conservateur constatera que le requérant ne sait pas écrire et reproduira en tête de l'état ou certificat par lui délivré les termes dans lesquels la réquisition verbale lui aura été faite.

La loi belge (art. 148), le code italien (art. 682, al. 2) et la loi de Hambourg (art. 9) donnent à chacun le droit d'obtenir des extraits des registres.

Le Merchant Shipping act (art. 92) permet à toute personne de « consulter le registre, moyennant le paiement d'un droit à fixer par le *Registrar* général de la Marine, et qui ne peut dépasser 1 shilling. »

Une loi des États-Unis du 29 juillet 1850 laisse aux intéressés la faculté, soit de consulter directement les registres pendant les heures d'ouverture des bureaux, sous telles conditions raisonnables que les conservateurs de ces registres auront pu établir, soit de s'en faire délivrer des extraits.

52. — L'état remis par le receveur contient les inscriptions prises ou renouvelées durant les dix dernières

1. Desjardins : *op. cit.*, p. 431.

années. On a pensé avec raison que ce serait compliquer la tâche des receveurs et aggraver leur responsabilité (1) que de les obliger, comme en Allemagne (loi du 24 juin 1861, art. 59, § 2), en Angleterre et en Italie, à relever toutes les inscriptions qui n'ont pas été rayées. Mais d'autre part on a fort sagement porté de trois à dix ans, en 1885, le délai pendant lequel l'inscription conserve l'hypothèque (2).

Sous le prétexte que les créances, en matière commerciale, sont le plus souvent promptement exigibles, et qu'il y a un très grand intérêt à effacer le plus tôt possible, pour les navires, les vestiges du passé (3), on s'exposait en bien des cas à faire du renouvellement de l'inscription un objet de souci, d'inquiétude et de péril pour les créanciers (4). Le prêt peut souvent être consenti à long terme, surtout quand il est contracté en vue de dépenses non commerciales. Même au cas d'emprunts faits dans l'intérêt du commerce, le débiteur n'est pas toujours en état de rembourser à bref délai les sommes ainsi empruntées. Puis, le navire qui part grevé d'hypothèques pourra faire un voyage très long, non encore terminé alors que se seront déjà écoulés trois ans depuis les inscriptions prises. Autre hypothèse : lorsqu'un navire a été hypothéqué durant la période de construction, il lui faut du temps ensuite pour lui permettre de gagner ce qu'il a coûté (5). Pourquoi donc donner aux capitalistes de nouveaux motifs

1. de Valroger : *op. cit.*, n<sup>o</sup>. 1219, p. 229.

2. L'art. 143 de la loi belge a consacré le délai de trois ans.

3. Laurin : *Cours élém.*, n<sup>o</sup>. 1272.

4. *J. Off.*, 1883 : Sénat, débats, p. 439.

5. *J. Off.*, *ibid.*

de crainte, alors qu'un délai raisonnable de dix ans les met à l'abri de toute inquiétude et ne peut préjudicier à personne ? Le propriétaire de navire qui voudra se débarrasser de l'inscription d'une hypothèque éteinte n'aura qu'à en provoquer la radiation.

Sur le moment où il y a pour le créancier hypothécaire droit acquis le dispensant de renouveler son inscription, la loi de 1885 est muette, comme aussi le Code civil : dès lors, aux mêmes difficultés on peut proposer les mêmes solutions.

53. — D'après la loi de 1874, la mention de l'inscription, qui devait être faite au dos de l'acte de francisation (art. 6, al. 2), devait être également renouvelée tous les trois ans sur cet acte. A ce sujet Alauzet (*op. cit.*, p. 28) pensait que ce ne pouvait être au créancier, — qui n'a jamais eu en sa possession l'acte de francisation, et qui d'ailleurs peut fort bien ignorer le retour du navire à son port d'immatricule, — à faire opérer ce renouvellement. Selon lui, et par argument de l'article 28 de la loi du 27 vendémiaire an II (en vertu duquel les actes de francisation sont, dans les vingt-quatre heures de l'arrivée du bâtiment, déposés au bureau de la douane, et y restent jusqu'au départ), la mention prescrite par l'article 11 devait être opérée d'office par le receveur des douanes : celui-ci aurait été tenu, chaque fois qu'il recevait en dépôt un acte de francisation, d'y mentionner les renouvellements intervenus pendant l'absence du navire hypothéqué. De même, remarquait cet auteur, l'article 15 décidait, au cas de radiation, que le receveur était tenu de mentionner cette radiation à sa date sur l'acte de francisation dès que cet acte lui était représenté.

La controverse sur ce point a perdu tout intérêt ; mais la disposition de la loi de 1835 en a fait naître une autre :

Les inscriptions prises avant le 10 juillet 1885 devront-elles subsister pendant 10 ans à partir de leur date, ou bien faut-il décider, par analogie de l'article 2281 C. Civ., qu'elles continueront à être régies par la loi de 1874 ?

S'occupant de la question de savoir si la disposition de l'article 2281 était applicable aux matières régies par le Code de Commerce, Merlin (1) disait : « Si le législateur avait voulu rendre cette disposition commune aux prescriptions qu'il pourrait dans la suite établir, il aurait dit en général que les prescriptions commencées avant la publication des lois nouvelles qui les établissent, ne sont régies que par les lois antérieures ». Le répertoire de Dalloz (2) décide au contraire que l'on peut, sans faire violence à son texte, appliquer l'article 2281 al. 1 aux prescriptions en matière commerciale commencées à l'époque de la publication du Code civil.

Là n'est pas pour nous la question, et il ne s'agit pas d'appliquer à notre matière un texte écrit pour des prescriptions commencées en 1804. Notre solution doit uniquement dépendre de celle que nous donnerons à ce problème plus général : en l'absence d'une disposition formelle, les lois sur la prescription rétroagissent-elles ? Or le principe, je crois, incontestable est que la prescription, ne constituant jusqu'à ce qu'elle soit accomplie qu'une simple expectative, et non pas un droit acquis ni même un droit éventuel, peut être soumise à de nouvelles conditions par une loi postérieure, sans que cela constitue une

1. V<sup>o</sup>. *Prescription*, sect. I, § 3, n<sup>o</sup> XIII, 2<sup>o</sup>.

2. V<sup>o</sup>. *Prescription civile*, n<sup>o</sup> 1112 et suiv.

atteinte au principe de la non-rétroactivité (1). C'est donc l'article 11 de la loi de 1883 qu'il faut appliquer même aux inscriptions prises avant cette époque.

§ IV. — *Responsabilité des conservateurs.*

54. — Le choix des receveurs principaux des douanes, auxquels l'article 6 confie le soin de tenir les registres, a été fort discuté, ainsi que la responsabilité qui leur incombait de ce chef. C'était, disait-on, multiplier et aggraver leurs fonctions d'une manière fâcheuse, et ce surcroît de responsabilité était tout-à-fait en dehors de leurs attributions ordinaires (2). Pourtant il semblait que l'organisation du système de publicité hypothécaire se trouvait toute faite par l'organisation de l'état civil des navires aux archives de la douane (3).

Presque partout à l'étranger, la conservation des hypothèques sur navires est confiée aux fonctionnaires auprès desquels s'accomplissent les formalités de publicité concernant les mutations de propriété. Ainsi les registres maritimes sur lesquels sont inscrits les transferts de propriété comme les hypothèques des navires anglais, sont tenus par les receveurs, contrôleurs ou autres agents principaux des douanes (4).

De même en Belgique le conservateur des hypothèques

1. Aubry et Rau: § 30, texte II-2<sup>a</sup>-d et note 42; et § 215 bis, texte et note 1.

2. L. Morel: *Rev. prat.*, p. 17.

3. *J. ff.* On° du 28 juin 1874, p. 4415.

4. *Merch. Ship. act*, art. 30-49-57 et suiv., 66 et suiv.

d'Anvers (1), aux Pays-Bas les conservateurs des hypothèques et du cadastre (2), dans les divers état d'Allemagne le tribunal du bailliage (3), en Italie (art. 485 al. 2, C. Com.) les agents du bureau maritime, aux États-Unis les receveurs des douanes, tiennent le registre hypothécaire en même temps que le registre de propriété; et ces deux registres ensemble n'en forment parfois, comme en Allemagne, qu'un seul.

La tenue de ces deux ordres de registres en un même lieu, consacrée par la loi en matière d'immeubles, répond à la nécessité de consulter le registre de la propriété, avant d'inscrire une hypothèque, pour s'assurer : 1<sup>o</sup> si celui qui constitue est le vrai propriétaire ; 2<sup>o</sup> si le navire est immatriculé au lieu où l'inscription est requise (4).

Tous les tribunaux et chambres de commerce de France se sont d'ailleurs accordés à désigner le receveur des douanes comme le fonctionnaire le plus apte et le plus naturellement désigné pour la conservation des hypothèques sur navires (5).

1. Loi de 1879, article 2 alinéa 3 et article 139. Il a d'ailleurs été entendu, lors de la discussion à la Chambre des Représentants (séance du 30 avril 1878) que le receveur des douanes d'Ostende serait chargé de recevoir dans son bureau tous les documents qui lui seront remis par les armateurs du littoral, pour faire opérer des inscriptions, radiations, etc., (Lyon-Caen : *notes sous la loi belge*, p. 539, note 1).

2. Code Néerlandais, article 315; Asser, *op. cit.*, p. 115.

3. Lyon-Caen : Loi du 27 janvier 1879 sur le gage maritime dans la province de Hanovre, analyse et notice (*Ann. de légist. étr.*, 9<sup>me</sup> ann., p. 107); — Christian Daguin : Notice sur les principales lois et ordonnances publiées en 1882 dans le recueil officiel de Lübeck (*ibid.*, 12<sup>me</sup> année p. 420); cf. loi de Hambourg, article 5, alinéa 1.

4 et 5. *J. Off.* n<sup>o</sup> du 10 décembre 1874, pp. 8149-8150.

On a émis des craintes peut-être exagérées (1) sur le défaut, chez les receveurs des douanes, des connaissances nécessaires pour faire de bons conservateurs d'hypothèques ; mais les receveurs principaux, à qui la pratique puis la loi ont confié ces délicates fonctions, ne sont pas toujours les premiers venus, et semblent devoir posséder des connaissances en droit assez grandes, une pratique suffisante des affaires, pour ne pas se compromettre et avec eux l'intérêt du public. La tenue des registres de propriété n'est pas elle-même sans exiger certaines vérifications minutieuses, notamment sur le point de savoir si celui qui requiert une mutation a qualité pour le faire : or le ministre du commerce a déclaré en 1874 qu'il ne s'était pas encore, à la connaissance de l'administration, présenté un seul cas de responsabilité dans la tenue de ces registres (2) ; et, grâce à l'admission exclusive de l'hypothèque conventionnelle, grâce aussi à la facilité de désignation de l'objet hypothéqué, le service des hypothèques n'offre guère plus de difficultés que celui des transcriptions.

55. — Mais on n'a pas fait tout ce que l'on aurait pu et dû faire pour calmer toutes les inquiétudes. L'idée de modeler l'hypothèque des navires sur l'hypothèque des immeubles, et de s'écarter du droit commun le moins possible, a fait consacrer par l'article 30 al. 2 de la loi de 1874 (art. 37, al. 2, de la loi de 1885) la décision de l'article 2197 Code civil.

Ainsi dispose le Merchant Shipping act dans son article 93.

1. *J. Off.*, n° du 28 juin 1874, p. 4416.

2. *J. Off.*, n° du 10 décembre 1874, p. 8151.

Sans prétendre, comme le faisait par erreur M. Le Royer (1), que la responsabilité de l'État serait le droit commun ; sans même aller jusqu'à dire avec lui que cette responsabilité est *indispensable* pour fonder le crédit maritime, et que ne pas la déclarer équivalait à repousser la loi, — je crois que cette solution eût été la meilleure.

Elle n'était pas conforme aux principes du droit commun ; il ne s'agit pas, en effet, d'un service public (2), et il ne semble pas naturel de rendre l'État responsable de la conservation d'intérêts privés. Mais cette responsabilité eût complètement rassuré les capitalistes : on aurait ainsi favorisé l'application de la loi, on aurait fait un effort de plus pour venir en aide au crédit maritime (3). Tandis qu'aujourd'hui, — malgré le cautionnement supplémentaire spécial imposé par le décret des 18-26 juin 1886 (article 5) aux receveurs chargés du service des hypothèques, et égal au dixième de leur cautionnement primitif, — malgré même l'action personnelle subsidiaire conservée contre eux (4), au cas de cautionnement insuffisant, par les créanciers lésés, — la garantie pour ceux-ci est insuffisante, étant données les sommes considérables pour lesquelles peuvent être grevés d'hypothèques certains navires valant plusieurs millions (5).

Les cautionnements des receveurs des douanes sont d'ailleurs bien moins élevés que ceux des conservateurs des hypothèques immobilières (6).

1. *ibid.*, p. 8152.

2. *Ibid.*, p. 8151.

3. T. Morel : *op. cit.*, n° 78, p. 87.

4. Aucune loi, en effet, ne stipule le contraire.

5. Mallet : *thès. cit.*, p. 65.

6. Desjardins : *op. cit.*, p. 436, note 2.

Les sacrifices imposés au Trésor auraient été minimes probablement, puisque la responsabilité de l'État, engagée aux termes de la loi des 22 août — 6 octobre 1791, par les erreurs commises dans les transcriptions faites sur le registre de propriété, n'a jamais été mise en jeu jusqu'à présent. Qu'importe, du reste ? Il est des sacrifices qu'il faut savoir faire, et des économies qui coûtent plus cher que certaines dépenses (1). Or, il s'agissait avant tout de donner du crédit à l'institution nouvelle.

§ V. — *Formalités requises pour l'inscription.*

36. — Le détail des formalités à remplir, tant par le créancier qui requiert inscription que par le receveur des douanes préposé à la tenue du registre, est réglé par des dispositions tout-à-fait analogues à celles des articles 2148 et suivants, Code civil ; et de la discussion de la loi de 1874 résulte que c'est à ces articles et aux diverses interprétations qu'ils ont reçues de la jurisprudence, qu'il faut se reporter pour résoudre les difficultés que peut soulever l'article 8 (2). C'est également ces articles du Code qui fournissent les dispositions complémentaires à appliquer dans le silence de la loi spéciale : ainsi les bordereaux d'inscription devraient contenir l'évaluation requise par l'article 2148-4° Code civil, au cas d'hypothèque consentie sur un navire pour sûreté d'une créance conditionnelle, éventuelle ou indéterminée (3).

1. T. Morel : *loc. cit. sup.*

2. Alauzet : *op. cit.*, p. 25.

3. T. Morel : *op. cit.*, n° 84, p. 94 ; cf. Alauzet, *loc. cit. sup.*

Ce même art. 2148-4<sup>o</sup> prescrit l'indication du montant des *accessoires* de la créance, ce qui ne comprend pas seulement les intérêts, mais encore les frais d'enregistrement et d'inscription ; or quoique ces frais existent aussi en matière d'hypothèque sur navires (1), l'art. 8 ne parle que des intérêts. M. de Valroger (2) conclut de cette reproduction incomplète, que les frais ne jouiront pas du bénéfice de l'hypothèque, à moins de convention particulière. Il ajoute d'ailleurs que les frais de justice sont en dehors de la question (3).

Cette solution ne me semble pas parfaitement exacte ; car l'omission faite par le législateur de 1874-1885 est une simple inadvertance de sa part, aussi bien pour les frais accessoires que pour le cas de créances indéterminées. Il voulait reproduire, aussi exactement que le comportait notre matière, les dispositions de l'art. 2148 C. Civ. ; il a commis des omissions qui sont des erreurs ; mais il faut se rappeler que les jurisconsultes exacts de 1804 ne font plus partie de nos assemblées législatives, et ne pas trop s'arrêter à relever les vices de forme quand le fond lui-même fournit matière à tant de critiques.

En tous cas une mention spéciale dans l'inscription sera nécessaire, même pour les intérêts ; car en l'absence de cette mention, l'inscription, il est vrai, ne sera pas nulle, mais elle ne conservera aucuns intérêts, même pour deux ans et l'année courante comme semble le dire à tort Bédarride (*op. cit.*, n<sup>o</sup> 160). Les tiers ne peuvent être exposés à subir que les droits manifestés par l'ins-

1. Art. 2 al. 2, et art. 37 de la loi de 1885.

2. *Droit marit.*, n<sup>o</sup> 1204, p. 220.

3. Art. 191-1<sup>o</sup> et art. 214 al. 2, C. Com.

cription : ils ne sont donc obligés de laisser colloquer avant eux que les intérêts dont elle leur fait connaître le cours et le taux. Surtout avec la liberté actuelle de ce taux, la solution contraire aurait pour eux trop de dangers (1).

37. — D'autre part l'article 8 exige l'accomplissement d'une formalité dont il n'est pas question au Code civil : c'est la signature des bordereaux par le requérant. On l'a motivée (2) par le besoin d'un supplément de garantie, l'acte constitutif sous-seing privé ne présentant pas toutes les garanties de l'acte authentique ; de plus, ajoutait-on, on saura ainsi sur qui faire retomber la responsabilité au cas d'erreurs ou d'omissions dans la rédaction du bordereau et dans l'inscription conforme.

Ce second motif, s'il était sérieux, s'appliquerait aussi bien aux bordereaux d'inscription des hypothèques immobilières, qui pourtant sont valables nonobstant le défaut de signature. Mais qui requiert l'inscription ? Le créancier ou un tiers en son nom (3) ; or c'est le créancier seul qui a intérêt à déterminer les responsabilités au cas d'inscription erronée ; et, si le receveur se disculpe en prouvant la conformité de l'inscription avec le bordereau, le créancier n'aura à s'en prendre qu'à celui qui a rédigé ce bordereau, c'est-à-dire à quelqu'un qu'il connaîtra parfaitement, en l'absence même de toute signature.

1. Boissel : *Art. Bibliogr.*, p. 375.

2. *J. Off.*, n° du 28 juin 1874, p. 4424.

3. L'art. 8 dit simplement : « Pour opérer l'inscription, *il est présenté* au bureau... » Cela implique que l'inscription peut être requise, comme le décide l'article 2148, « soit par le créancier lui-même soit par un tiers », celui-ci agissant en vertu d'un mandat ou même comme simple gérant d'affaires (de Valroger, t. III, p. 215). C'est d'ailleurs la solution expresse de la circulaire du 28 avril 1875.

Quant au premier motif allégué, il n'est valable que pour les actes sous-seing privé ; et cependant, la loi ne distinguant pas, la signature est exigée en tous cas, et non pas seulement au cas d'acte sous-seing privé, comme cela a été dit par erreur à l'Assemblée Nationale.

Tout cela est une nouvelle preuve de la légèreté avec laquelle a été rédigé l'article 8.

58. — J'ai dit qu'il fallait d'une manière générale s'en rapporter aux solutions admises pour l'hypothèque immobilière. Ainsi, quoique la circulaire de 1875 attribue un caractère rigoureusement obligatoire aux indications énumérées dans l'article 8, on doit tenir compte du rejet d'un amendement qui avait pour but d'ajouter aux dispositions de cet article les mots « à peine de nullité ». Cette mention de la nullité n'existe pas non plus en matière civile, et l'on en conclut avec raison que dans les deux cas tout n'est pas de rigueur, mais qu'il faut appliquer la théorie des nullités virtuelles, et distinguer entre les énonciations substantielles et les mentions simplement réglementaires. Il suffit que les énonciations du bordereau rendent toute erreur impossible (1).

59. — Il est une formalité particulière à l'hypothèque des navires, sur le caractère substantiel de laquelle s'est spécialement élevée la controverse : c'est le dépôt du titre au bureau du receveur, lorsqu'il est sous-seing privé ou reçu en brevet (2).

1. Cf. article 776 du Code de commerce de l'Uruguay.

2. Article 8 al. 1, et article 9. — Ce dépôt n'est prescrit en aucun cas par le Code civil (art. 2150). et cependant on admet la validité de la constitution d'hypothèque immobilière reçue en brevet : Aubry et Rau : § 266, texte et note 46.

La préoccupation du législateur a été que l'on pût toujours retrouver le titre dans un dépôt public où il fût conservé : soit étude de notaire, soit bureau des douanes. Mais l'omission de cette formalité n'aurait pour résultat que d'engager la responsabilité du receveur (1), comme le fait, en droit civil et en notre matière, l'inscription sans représentation préalable du titre. Il faut donc par analogie, je dirai même *a fortiori*, adopter pour la formalité du dépôt la même solution que pour la présentation de l'acte constitutif (2) : le receveur peut toujours refuser d'opérer l'inscription si le requérant ne consent pas à se conformer aux prescriptions de l'article 8 al. 1, mais il peut aussi passer outre, et le juge ne serait pas nécessairement obligé d'annuler l'inscription opérée dans ces conditions.

60. — « Toutes les fois », dit l'article 97 du Merchant Shipping act, « que les déclarations requises ou les preuves à produire à l'enregistreur sont impossibles, pour quelque cause raisonnable que celui-ci appréciera, il lui est permis de passer outre, sauf ratification des commissaires des douanes, et moyennant telles autres preuves ou telles conditions qu'ils jugeront suffisantes. »

C'est sous leur responsabilité, et sans avoir à en référer à personne, que les receveurs français font des inscriptions irrégulières. Mais il est bien entendu que l'inscription sera considérée comme régulière à leur égard et ne préjudiciera qu'au requérant, lorsque la nullité proviendra d'une erreur ou d'une omission dans les borde-

1. Alauzet : *loc. cit. sup.*; de Valroger : *Droit marit.*, n° 1215, p. 226; Desjardins : *op. cit.*, p. 412.

2. Aubry et Rau : § 275, texte et note 4.

reaux. L'inscription en effet consiste ici, comme en matière immobilière, dans une copie des bordereaux (1) : l'exactitude de cette copie met le receveur à couvert.

La loi de la ville de Lübeck du 20 janvier 1882 (2) décide à l'inverse qu'il devra être délivré au créancier hypothécaire une *copie légalisée de l'inscription*.

Soit une erreur provenant du receveur lui-même, et l'exposant à une action en garantie, de la part du créancier qui aurait souffert préjudice de la nullité de l'inscription. Dans l'impossibilité de faire une correction qui léserait des droits éventuellement acquis à des tiers, le receveur pourra-t-il néanmoins empêcher que les effets de son erreur ne se prolongent, et réparer la nullité pour l'avenir?

Oui (3), par analogie et identité de motifs, en vertu de l'Avis du Conseil d'État du 11 décembre 1810 (approuvé le 26 du même mois), qui autorise les conservateurs à « opérer la rectification en portant sur leurs registres, mais seulement à la date courante, une nouvelle inscription plus conforme aux bordereaux remis par les créanciers. »

61. — En un certain cas — celui de changement de domicile par le créancier (*voy.* art. 8-6°), — la circulaire de 1875 admet le receveur qui ne connaît pas le créancier ou qui a des doutes sur sa capacité, à se mettre à

1. Loi de 1885, art. 9 ; art. 2150, C. Civ. ; *cf.* loi belge, art. 241. Au contraire la mutation en douane consiste, à la différence de la transcription immobilière, en une simple analyse de l'acte d'aliénation (L.-C. et R.: *op. cit.*, p. 30, note, 2, et p. 517, note 3).

2. Art. 2 : *Ann. de législ. étr.*, 12<sup>e</sup> ann., p. 420.

3. De Valroger : *Droit Marit.*, n° 1214 ; *cf.* Circulaire de 1875.

l'abri de toute erreur en exigeant que celui-ci fasse devant notaire sa déclaration de nouveau domicile.

Cette exigence constituerait une illégalité : le receveur qui a des doutes sur l'individualité du requérant ne peut exiger qu'un certificat d'individualité, pour la rédaction duquel les notaires n'ont pas de monopole (1). En matière d'hypothèque immobilière, où l'on est singulièrement plus rigoureux pour les questions d'authenticité, une décision ministérielle du 28 pluviôse an IX ne prescrit la constatation du changement de domicile par acte notarié, que lorsque le requérant ne sait ou ne peut signer la mention de ce changement.

62. — La circulaire de 1875 disait encore qu'il était d'obligation absolue que, au moment où l'inscription est requise sur un navire pourvu d'un acte de francisation, ce navire se trouvât dans un des ports de la principalité où il est immatriculé.

Qu'est-ce donc qui empêchait le receveur du port où le navire est ancré et hypothéqué, de transmettre à son collègue du port d'immatricule les pièces et titres relatifs à l'inscription ? Aussi la circulaire du 22 juillet 1885 a-t-elle très rationnellement décidé que l'inscription peut être reçue par le receveur principal du port d'immatricule, en quelque lieu que le navire se trouve (2).

Toutefois, les seuls receveurs compétents étant les receveurs principaux (art. 6, al. 1), il faut, pour hypothéquer un navire attaché à un bureau subordonné, le faire immatriculer préalablement au port de la principalité.

1. Desjardins : *op. cit.*, p. 422.

2. *Ibid.*, p. 410.

§ VI. — *De l'inscription sur l'acte de nationalité.*

63. — Outre l'inscription au registre, l'article 6 (al. 2 et 3) de la loi de 1874 exigeait une mention de cette inscription : 1° au dos de l'acte de francisation, 2° au pied de l'acte d'hypothèque présenté au receveur.

Cette seconde formalité faisait double emploi avec le certificat mis au bas du bordereau qui reste (art. 9) aux mains du requérant (1) : on l'avait empruntée à l'article 67 du Merchant Shipping act.

Par contre la loi anglaise ne prescrit pas l'inscription de l'hypothèque sur l'acte de nationalité ; et pourtant cette inscription a généralement lieu en pratique. De même, lorsqu'on avait recours au nantissement des navires, mention en était faite sur l'acte de francisation. La loi de Hambourg le prescrit aussi dans son article 5, de même que les lois de Prusse (art. 59, § 1<sup>er</sup>, al. 4) et du Hanovre (art. 1<sup>er</sup>) (2). Cela offre donc des avantages. Quels sont-ils ?

Il n'est pas exact de dire que cette formalité n'avait qu'un but : rendre possible l'emprunt hypothécaire en pays étranger, au cas prévu par l'article 26 de la loi de 1874 (3). C'était là son motif principal (4), je l'accorde : elle permettait aux prêteurs d'outre-mer de se renseigner sur l'état hypothécaire du navire qu'on leur offrait en ga-

1. Massigli : *op. cit.*, p. 357.

2. *Voy. aussi* Code italien, art. 485, al. 3 à 5 ; mais l'hypothèque éventuelle est admise en Italie : *cf.* loi de 1874, et développements donnés au texte.

3. Billette : *Révision*, p. 24.

4. L.-C. et R. : *op. cit.*, p. 517, note 4.

rantie. Mais de ce que l'hypothèque éventuelle n'est plus possible, résulte-t-il que l'inscription sur l'acte de francisation ait perdu toute utilité?

Lorsqu'un navire est en cours de navigation, il arrive fréquemment que des tiers aient besoin de savoir s'il est libre ou s'il est grevé d'hypothèques : à défaut du registre d'inscriptions, qui est au port d'immatricule, l'acte de francisation, qui voyage avec le navire (art. 226, C. com.), sera là pour les éclairer. C'est, par exemple, un négociant de l'un de nos établissements d'Afrique ou de l'Inde qui, préparant un envoi de marchandises, veut en charger un navire français de passage : or ce navire est grevé d'hypothèques, et, alors que le chargement est presque complètement opéré (1), une saisie est pratiquée, faisant perdre à l'affrètement tout le bénéfice de son opération faute d'avoir pu l'accomplir en temps utile. C'est encore un navire qu'on voudra faire assurer hors de son port d'attache : les assureurs voudront connaître son état hypothécaire, car suivant eux l'existence d'hypothèques sur un navire augmente les risques en désintéressant l'armateur de sa conservation.

On répond à cela, qu'avec la rapidité actuelle des communications, il sera facile de demander un état des inscriptions au port d'immatricule ; mais quelque promptitude qu'on y mette, la nécessité de faire prendre ces renseignements ne laissera pas néanmoins d'entraîner certains retards qui pourront être préjudiciables.

64. — Il est vrai que la facilité que l'on aura de cons-

1. Mais avant que le capitaine soit muni de ses expéditions (art. 215, al 2, C. com.).

tater les hypothèques existant sur les navires devient ainsi un inconvénient pour les navires grevés. Mais cet inconvénient provient de l'existence même des hypothèques ; et l'incertitude, où le silence de l'acte de francisation plonge les tiers qui traitent avec l'armateur hors du port d'attache, n'est assurément pas de nature à leur inspirer plus de confiance qu'une connaissance complète de la situation (1).

D'une façon plus générale, on redoute de livrer au capitaine et au public le secret de cette situation, divulguée sans nécessité aux quatre coins du monde (2) .

Quant au capitaine, d'abord, nous remarquerons que, soit-il ou non copropriétaire du bâtiment qu'il dirige, toute indiscretion de sa part, si elle ne lui est pas préjudiciable en tant que commerçant, ne peut lui être que funeste en tant que capitaine : l'armateur instruit du fait refuserait de lui confier à nouveau un commandement (3) . Puis l'hypothèque est publique de sa nature ; tout le monde a le droit de se renseigner en consultant les registres de la douane. Ces registres ne sont pas, il est vrai, à la disposition immédiate des négociants d'Amérique ou d'Australie ; mais croit-on que l'acte de francisation du navire, déposé au consulat, y sera livré à la curiosité de tous, sans motif plausible ? Rien n'oblige les consuls à en donner ainsi connaissance sur première réquisition et sans le consentement des propriétaires.

Pour éviter un danger, nous dit-on encore, vous tombez dans un autre. Les tiers consultant l'acte de franci-

1. Massigli : *op. cit.*, p. 339.

2. Billette : *Révision*, p. 27.

3. Mallet : *thès. cit.*, p. 71.

sation pourront être induits en erreur, par la mention d'hypothèques qui ont existé en effet, mais qui ont été l'objet d'une radiation à leur insu sur le registre des douanes pendant le voyage. — Je réponds à cela qu'entre deux maux il faut choisir le moindre : le défaut de mention peut porter préjudice à la fois aux tiers qui sont trompés et à l'armateur avec qui l'on n'ose plus traiter; au lieu que des mentions superflues ne nuisent qu'à l'armateur, qui devra veiller par tous les moyens à la radiation la plus prompte sur l'acte de francisation.

On ajoute que l'armateur ne trouvera pas à emprunter avec hypothèque sur son navire pendant que celui-ci sera en cours de voyage (1); car le prêteur ne voudra pas s'exposer à la nullité de son hypothèque pour non inscription sur l'acte de francisation, et au moins stipulera-t-il que les fonds demeureront entre ses mains jusqu'à ce qu'il soit justifié de l'accomplissement de toutes les formalités nécessaires pour la conservation de ses droits (2). Mais cette difficulté n'a rien de spécial à l'hypothèque : une vente produisant immédiatement ses effets vis-à-vis des tiers est impossible quand le navire est en cours de voyage, parce que la mutation en douane ne peut pas avoir lieu. Bien plus, qu'elles soient inscrites ou non sur l'acte de francisation, les hypothèques ne seront pas moins primées par tous les privilèges de l'article 191 C. Com. ; et parmi ces privilèges, accordés pour la plupart précisément à des créanciers du dernier voyage, ou même postérieurs au dernier voyage, se trouve le plus onéreux, le plus redoutable : celui du prêteur à la grosse. Je cher-

1. *J. Off.*, 1883 : Sénat, débats, p. 439.

2. Massigli : *op. cit.*, p. 358.

che en vain, du concours de quels créanciers plus importants la suppression de la mention qui nous occupe a délivré les prêteurs ; et s'ils consentent à prêter moyennant hypothèque sur un navire en cours de voyage, malgré l'éventualité de nombreux privilèges à éteindre d'abord, je crois qu'ils prêteront en tous cas, quittes à poursuivre l'inscription de leur hypothèque, au retour, sur l'acte de nationalité.

Mais je crois bien plutôt que, même sous l'empire de la loi nouvelle, ils hésiteront fort à consentir des prêts aussi aléatoires (1).

65. — Reste la question du renouvellement de l'inscription rendu nécessaire par l'expiration du délai de dix ans pendant que le navire est encore en voyage.

Notons que la longueur de ce délai permettra à tout le monde de prendre à temps ses précautions. De plus la disposition de l'article 11 de la loi de 1874 pouvait être modifié sur ce point : au lieu d'exiger le renouvellement sur l'acte dès le retour du navire, et de rendre ainsi victime d'une omission involontaire le créancier qui ignore ce retour (2), il suffisait de dire que les inscriptions mentionnées sur l'acte de francisation seraient, jusqu'à leur radiation, considérées comme existantes à l'égard des tiers que cet acte seul peut éclairer. L'armateur seul pourrait en éprouver quelque préjudice, mais les intérêts des tiers seraient sauvegardés. Du reste c'est l'armateur qui a la disposition de l'acte de francisation : il n'aurait qu'à prendre ses précautions pour en faire éliminer tou-

1. Massigli : *ibid.*

2. L.-C. et R., p. 517, note 4 ; — cf. Billette : *L'hyp. marit.*, p. 46.

tes mentions se rapportant à des hypothèques éteintes (1), ce qui serait de droit dès la radiation sur les registres ou la péremption accomplie.

Je ne parle pas de la possibilité de rendre le receveur des douanes responsable du renouvellement sur l'acte dès qu'il serait remis entre ses mains (2) ; car il faut user le moins possible de ces responsabilités illusoires.

En somme, la nécessité de mentionner l'inscription ou son renouvellement sur l'acte de francisation était présentée à la Chambre comme constituant une complication inutile et dangereuse pour le créancier aussi bien que pour le débiteur. C'est elle, disait-on (3), qui a paralysé l'action de la loi de 1874. On l'a donc supprimée pour faire cesser cette paralysie : les résultats obtenus ont montré l'inutilité de la suppression. Sous prétexte de dégager les prêts maritimes d'une formalité qui n'était pour eux qu'un obstacle, on a supprimé l'obstacle, mais on a créé de nouveaux inconvénients. Vouloir faciliter ces prêts est une intention très bonne : ce n'est pas en les rendant dangereux qu'on la réalisera.

1. Billette : *ibid.*, pp. 47-48.

2. Lyon-Caen : *Gaz.* du 1<sup>er</sup> avril ; — Boistel : *Précis*, n° 4161.

3. *J. Off.*, 1881 : Chambre, annexes, p. 41.

---

## CHAPITRE V

### DE L'EXTINCTION DE L'HYPOTHÈQUE DES NAVIRES

#### § 1. — *Causes diverses d'extinction.*

66. — Les causes d'extinction de l'hypothèque sont énumérées par l'article 2180 Code civil. Il faut y ajouter la perte du navire (1).

Sur les deux premières causes, — extinction de l'obligation principale et renonciation du créancier, — rien de spécial à relever.

La purge fera l'objet d'un paragraphe au chapitre suivant.

67. — Article 2180 : « ... 4° Par la prescription... » — Le droit de suite auquel les navires sont soumis d'une façon générale écarte en matière de prescription l'application de l'article 2279. Les navires ne sont d'ailleurs pas les seuls meubles qui échappent à la règle « Possession vaut titre », et l'on peut citer les créances comme également soustraites à son application, lors du moins qu'elles ne sont pas constatées par des titres au porteur.

Le tiers détenteur d'un navire (2) pourra donc en pres-

1. Et l'arrivée du terme au cas d'hypothèque constituée *ad tempus* (Code de commerce de l'Uruguay, art. 786).

2. Quant au débiteur possesseur du bien hypothéqué, la prescription de l'hypothèque est liée pour lui à la prescription de sa dette, comme le remarque assez inutilement l'article 2180 Code civil.

crire l'hypothèque comme la propriété, mais seulement par l'effet d'une possession prolongée ; et la durée de cette possession sera égale, nous dit l'article 2180 Code civil (al. av.-dern.), au « temps réglé pour la prescription de la propriété. »

Quel est le délai requis pour prescrire la propriété d'un navire ? MM. Dageville et Boulay-Paty appliquent l'article 2265 Code civil au cas de juste titre et bonne foi ; M. Labbé admet en ce cas une prescription invariable de vingt ans ; l'opinion générale (MM. Demangeat, Desjardins, Laurin, Lyon-Caen et Renault) écarte toute autre prescription que celle de 30 ans, qu'il y ait ou non bonne foi de la part du tiers détenteur.

« La prescription extinctive (1) de l'hypothèque, » dit aussi le code de l'Uruguay (article 787), « est de trente ans, en quelques mains que soient les biens hypothéqués. »

68. — La perte du navire, ai-je dit, éteint également les hypothèques dont il est grevé. Nous verrons jusqu'à quel point cette solution était exacte avant 1885.

Il faut entendre par perte : soit la perte matérielle, destruction de l'unité de construction amenant l'innavigabilité, sans que de simples réparations puissent suffire pour remettre le bâtiment à flot ; — soit la perte légale, capture du navire par l'ennemi avec déclaration de bonne

1. Est-ce bien une prescription extinctive, que celle qui est subordonnée à la condition de la possession du bien hypothéqué ? Le tiers détenteur, supposé acquéreur de ce bien, n'a qu'une propriété démembrée, incomplète ; la prescription de l'hypothèque lui confère le complément de propriété qui lui manquait : c'est une prescription acquisitive.

prise, ou bien, ajoutent certains auteurs, confiscation (1) pour traite des nègres (2), transport de marchandises prohibées (3) ou voyage sans congé (4).

Doit-on considérer la confiscation comme un cas de perte véritable, au point de vue des hypothèques, et n'y aurait-il pas lieu de réserver les droits des tiers ?

Il me semble que l'on peut, tout en enlevant à l'armateur délinquant la propriété de son navire, laisser subsister les hypothèques par lui consenties antérieurement à la confiscation. La confiscation, en effet, c'est l'action de dépouiller un particulier de choses qui lui appartiennent, pour les attribuer au fisc (5). Or, cette définition n'implique pas que le fisc acquière sur la chose confisquée plus de droits que n'en avait le possesseur ; ainsi l'on décide (6) que la confiscation ne porte que sur l'usufruit lorsque celui qui la subit était simple usufruitier. Il est donc naturel d'admettre qu'elle ne portera que sur la propriété du navire telle qu'elle se comporte, démembrée de toutes les hypothèques et autres droits réels consentis antérieurement.

Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que la confiscation est une peine, et qu'il n'y a pas d'intérêt social à ce que les tiers soient punis (7).

1. Article 11 et 464, C. P.

2. Loi du 15 avril 1818, article 1; loi des 4-8 mars 1831, article 5.

3. Loi des 21-23 avril 1818, article 34.

4. Décret du 27 vendémiaire an II, article 5.

5. Dal. : *Rép.*, v<sup>o</sup> Peine, n<sup>o</sup> 286.

6. Proudhon : *Traité des droits d'usufruit, etc...*, n<sup>os</sup> 2011 à 2014 (t. IV, pp. 397 et suiv.)

7. Desjardins : *p. ocit.*, p. 499.

69. — Supposons que la perte matérielle du navire n'ait été que partielle mais considérable, et que des dégradations subies par vétusté ou autrement l'aient rendu insuffisant pour la sûreté du créancier. Le propriétaire se refuse à le réparer et remettre en état, et d'autre part il n'offre aucune garantie supplémentaire qui soit sérieuse et acceptable : le créancier hypothécaire pourra en ce cas, comme l'a bien jugé le tribunal de commerce de Nantes (1), invoquer l'article 2131 Code civil, pour obtenir son remboursement.

Il en était ainsi d'après l'article 17 al. 1 de la loi de 1874, au cas où, le navire étant perdu ou devenu innavigable, les droits des créanciers s'exerçaient sur les choses sauvées ou sur leur produit, ou sur le montant de l'indemnité d'assurance : leurs poursuites étaient admises alors même que leurs créances n'étaient pas encore échues.

Cet article, application de la théorie du Code Civil, a disparu en 1885 ; et, fidèle à la doctrine d'après laquelle les dispositions du Code civil ne doivent être étendues à l'hypothèque sur les navires qu'autant que ces dispositions sont conformes aux principes généraux du droit et ne sont pas en contradiction avec les règles du droit maritime, M. Lyon-Caen (2) déclare avoir le plus grand doute sur l'exactitude de la solution du tribunal de Nantes : non que l'article 2131 soit contraire aux règles du droit maritime, puisque nous venons de signaler l'application partielle de sa décision par la loi de 1874 ; mais c'est qu'il renferme une dérogation aux principes généraux.

1. 4 juillet 1885 : *J. de Nantes*, 85-1-371.

2. *Rev. crit.*, 1887, p. 632.

Le droit commun c'est l'article 1188 C. Civ. : le débiteur est déchu du bénéfice du terme quand les sûretés par lui fournies sont devenues insuffisantes, mais seulement *par son fait*, et non par suite d'un cas fortuit. La disposition de l'art. 2131, dérogação au droit commun et quelque peu rigoureuse pour le débiteur, ne saurait donc être étendue à l'hypothèque sur les navires pas plus qu'au gage (1).

J'ai déjà répondu à cette argumentation. On n'étend pas l'art. 2131 au gage parce qu'il est régi par un ensemble de règles spéciales qui se suffit à lui-même. Mais, comme on applique au gage commercial les dispositions du Code civil pour les points sur lesquels la loi commerciale est muette, de même l'hypothèque sur les navires empruntera au besoin les décisions écrites pour l'hypothèque immobilière : ce sont ces décisions qui forment le droit commun pour l'hypothèque des navires.

Notons, parmi les considérants du jugement de Nantes, celui-ci, « qu'il ne faut pas perdre de vue que l'hypothèque des navires est sujette à des risques spéciaux, et que, pour garantir le prêteur d'une façon certaine, elle doit nécessairement porter sur une valeur supérieure à la somme prêtée.... »

Notons encore que, d'après un jugement du tribunal de commerce de Marseille, du 23 novembre 1885, confirmé par arrêt d'Aix du 23 février 1886 (2), ce n'est pas, pour une compagnie de navigation, diminuer les sûretés promises à ses créanciers hypothécaires, que d'employer ses navires à des voyages plus longs ou plus périlleux que

1. *Ibid.*, p. 633.

2. *J. de Marseille*, 1886-1-41 et 115.

ceux qu'ils ont coutume d'entreprendre, lorsque ses statuts ont prévu cette extension de navigation.

70.— Une autre cause d'extinction des hypothèques, en fait tout au moins (1), était, sous l'empire de la loi de 1874, la défrancisation du navire : le propriétaire du navire grevé le vendait à un étranger et touchait l'argent, ôtant à ses créanciers tout autre recours qu'un recours personnel, souvent illusoire.

Le danger fut signalé dès le début par M. Billette, et motiva le dépôt en 1876, par M. Jules Le Cesne (2), d'une proposition de loi qui contenait en germe l'art. 33 al. 4 actuel.

Cet article 33 annule et punit correctionnellement la vente volontaire à un étranger d'un navire grevé d'hypothèques ; et sous ces termes il faut comprendre, non seulement la vente du navire entier (3), mais la vente d'une portion suffisante pour entraîner sa défrancisation (4), ou même tout acte entraînant cette défrancisation du navire sans qu'il soit vendu (5) : il faut et il suffit en somme que le propriétaire se soit proposé d'anéantir, aux

1. Lyon-Caen et Renault : *op. cit.*, p. 568, note 1.

2. *J. Off.*, n° du 2 juillet 1876, p. 4771.

3. A laquelle il faudrait assimiler l'apport du navire en propriété à une société étrangère constituant une personne morale : Lyon-Caen, *Rev. Crit.*, 1887, p. 634.

4. Par exemple, une vente des 5/8 : loi du 9 juin 1845, art. 11 al. 2.

5. Par exemple, un changement dans la nationalité du capitaine, ou des officiers, ou de plus d'un quart des gens de l'équipage (loi du 21 sept. 1793, art. 2) ; ou bien une transformation du bâtiment en un navire de la Nouvelle-Grenade, où les étrangers peuvent être, à certaines conditions, propriétaires exclusifs de navires nationaux (Desjardins : *op. cit.*, n° 1212).

main de son créancier hypothécaire, l'exercice légitime de son droit (1). Mais ne tomberait pas sous le coup de l'article 33 l'entrée du navire dans une association en participation formée avec un étranger pour l'exploitation, par exemple, d'un service officiel et public de navigation concédé par le gouvernement de cet étranger (2); à condition toutefois que ce soit seulement l'usage du navire que les participants aient voulu mettre en commun, et qu'ils n'aient point entendu se transférer la propriété même de leurs apports, auquel cas le navire cesse d'être français s'il devient pour plus de moitié la propriété de participants étrangers, et dès lors l'apport est nul comme fait en violation de l'article 33 (3).

Il y aura peut-être encore des prêteurs que l'article 33 al. 1 ne suffira pas à protéger ; on verra des armateurs endettés et malhonnêtes se rire de la nullité prononcée et braver l'article 408 Code pénal ; peut-être trouveront-ils à l'étranger des acheteurs aussi peu scrupuleux qu'eux-mêmes, aussi prêts qu'eux à violer la loi faute de pouvoir la tourner. Ils auront, du reste, un complice dans la nature éminemment mobilière du navire, qu'on pourra tenir éloigné de toutes poursuites. Mais qu'y faire ? Le législateur de 1885 a pris toutes les précautions possibles ; mais il est une limite au-delà de laquelle les meilleures lois doivent s'avouer impuissantes contre la fraude. M. Lyon-Caen disait même en 1875 (4) qu'on ne saurait reprocher au législateur de n'avoir pas paré aux dangers de la défrancisation.

1. Desjardins : *ibid.*

2. Ainsi jugé par les décisions d'Aix et Marseille *cit. sup.*

3. Lyon-Caen : *loc. cit. sup.*

4. *Gazette des tribunaux*, du n° 1<sup>er</sup> avril.

Il a d'ailleurs été formellement reconnu au Sénat (1) que l'article 33 prohibait seulement la vente *faite en fraude* des droits des tiers, cette prohibition n'ayant plus d'intérêt si la vente, même faite à un étranger, devait avoir pour résultat de désintéresser les créanciers par un paiement.

S'inspirant de cette idée, l'article 484 du Code italien dispose que les agents consulaires en pays étrangers ne peuvent recevoir les actes d'aliénation des navires, s'il n'est pas pourvu au paiement ou à la sécurité des créances privilégiées mentionnées sur l'acte de nationalité ; et le Code néerlandais (art. 312 et 316 § 3 cbn.) décide que la vente volontaire d'un navire, même à l'étranger (auquel cas elle a lieu sans transcription sur les registres hollandais), laisse substituer tous privilèges et droits sur ce navire.

Le Code de Finlande interdit d'une façon absolue, dans son article 9, toute vente à un étranger d'une seule part dans la propriété d'un navire.

71. — Les Codes d'Italie (art. 678) et des Pays-Bas (art. 316) admettent une dernière cause d'extinction des hypothèques, analogue à celle que consacre pour les privilèges l'article 193, Code comm., dans son dernier alinéa. Il s'agit d'une vente volontaire suivie, sans protestation des créanciers, d'un délai de trois mois en Italie, ou, en Hollande, d'un voyage de 60 jours au moins au nom du nouveau propriétaire.

Nos lois de 1874-1885 ne contiennent rien d'analogue.

1. *J. Off.*, 1883 : Sénat, débats, p. 450.

§ 1. — *Spécialement de la perte matérielle et de la subrogation de l'indemnité d'assurance au navire.* — *Loi de 1885.*

72. — « Quant à l'extinction d'une hypothèque inscrite sur le registre », dit Maclachlan (*op. cit.*, p. 45), « son effet est de replacer toutes les parties intéressées dans la même situation que si cette hypothèque n'avait jamais existé. »

Cette proposition trouvait en France un correctif utile dans l'article 17 de la loi de 1874 ; mais elle est devenue absolument exacte depuis l'abrogation de cet article en 1885, et l'on ne peut plus admettre les créanciers, une fois leurs hypothèques éteintes par la perte ou l'innavigabilité du navire, à exercer leurs droits sur les choses sauvées ou sur leur produit, non plus que sur le produit des assurances contractées par l'emprunteur.

C'est aux principes généraux de notre système hypothécaire qu'il faut nous conformer désormais. Or de même que, une fois effectuée la démolition de l'immeuble hypothéqué, les matériaux cessent d'être soumis à l'hypothèque (1), de même les principes ne permettent pas de subroger au navire démoli ses débris, non plus que le nouveau bâtiment qui serait reconstruit avec ces mêmes matériaux (2), et cela sans distinguer s'ils proviennent d'une démolition volontaire ou d'un bris par fortune de mer (3).

1. Douai, 10 juin 1823, et Req. rej., 9 août 1825 : *Sir.*, 26-1-133.

2. Ruben de Couder : *op. et loc. cit.*, numéro 105.

3. *Contra* : Herbault, *thès. cit.*, d'après Ulpien (10 § 7, *quib. mod. ususfr.*).

J'écarterai de même et *a fortiori* l'exercice des droits des créanciers sur le produit des choses sauvées, c'est-à-dire sur leur prix (1). La loi, dit la Cour de cassation (2) dans une matière voisine de la nôtre, accorde bien aux ouvriers et fournisseurs un privilège sur les navires à la construction desquels ils ont été employés, mais elle ne l'étend pas aux sommes versées par l'armateur à l'entrepreneur ou à ses représentants à titre de paiement. Dès lors pourquoi, accordant aux créanciers hypothécaires un certain droit *sur le navire*, étendrait-elle ce droit *au prix* du navire devenu innavigable, et comme tel vendu ?

Peu importe que le rapport fait au Sénat en 1883 (3) ait considéré comme une simple application du droit commun la disposition comprise dans la première phrase de l'article 17, dont il proposait la suppression. Le droit commun n'est pas ce que pensait le rapporteur, et rien ne prouve que son erreur ait été partagée par ceux qui ont voté cette suppression (4).

Quelle solution en fait était la meilleure ? On serait fort embarrassé de l'établir, de si peu d'importance sont les sommes à provenir de la vente des débris.

73. — La subrogation légale de l'indemnité d'assurance à la chose assurée ne se rencontrait avant 1874, et ne se rencontre plus aujourd'hui, que dans le cas de marchandises déposées aux magasins généraux (loi du 28 mai 1838. art. 10). En matière d'hypothèque immobilière notamment

1. L.-C. et R. : *op. cit.*, numéro 2449.

2. Civ. Cass., 17 mai 1876 : *Sir.*, 77-1-337.

3. *J. Off.*, 1883 : Sénat, annexes, p. 570.

4. De Valroger : *Droit marit.*, numéro 1250 ; Desjardins : *op. cit.*, numéro 1251.

une doctrine presque unanime (1) et une jurisprudence constante (2) refusent aux créanciers inscrits tout droit aux indemnités touchées par le propriétaire pour incendie de ses immeubles assurés.

Il en est de même en Angleterre (3) et en Italie.

L'art. 10 de la loi belge du 16 décembre 1851 adopte le système contraire (4). De même, l'art. 30 de la loi prussienne du 5 mai 1872 (5), sur l'acquisition de la propriété immobilière et sur les droits réels immobiliers, décide que « l'inscription frappe l'indemnité d'assurance allouée au propriétaire, pour fruits, dépendances ou bâtiments incendiés ou endommagés par le feu ». Cette disposition a été étendue à l'Alsace-Lorraine par une loi du 4 juillet 1881 (6), et aux pays du ressort de l'ancienne cour d'appel de Cologne par une loi du 17 mai 1884 (7). — Dans le même sens : Code de commerce de l'Uruguay, art. 777.

En France, une disposition analogue, votée en seconde lecture le 11 décembre 1850 (8), est restée à l'état de projet. Mais la proposition de loi relative au crédit agricole

1. *Voy. ult.* Laurin : *Rev. intern.*, p. 233.

2. Douai, 3 janvier 1873 : *Sir.*, 73-2-274; *cf.* Req. rej, 20 déc. 1859 : *Sir.*, 60-1-23.

3. Greffier : *op. et loc. cit.*, p. 123.

4. L'art. 149 de la loi belge du 21 août 1879, tout en ne faisant qu'appliquer cette règle à l'hypothèque des navires, n'est cependant pas inutile : l'art. 11 de la loi de 1851 portait en effet qu'il n'était rien innové aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer. Un texte était donc nécessaire pour affecter l'indemnité d'assurance au paiement des créanciers ayant hypothèque sur un navire.

5. Trad. par Gide : *Ann. de législ. étr.*, 2<sup>me</sup> ann, p. 225.

6. Trad. par Gonse : *ibid.*, 11<sup>me</sup> année, p. 202.

7. Trad. par Bufnoir : *ibid.*, 14<sup>me</sup> année, p. 203.

8. *Moniteur universel*, n° du 12 déc. 1850, p. 3547.

mobilier, adoptée par le Sénat le 6 mars 1888, contient un article 2 qui attribue de plein droit l'indemnité d'assurance aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang (1); et l'on peut espérer que la Chambre des députés sanctionnera tôt ou tard cette excellente décision.

74. — Reprenant pour son compte, en matière maritime, l'idée du législateur de 1850, l'Assemblée de 1874, admit le créancier hypothécaire (2) à exercer directement son droit sur le produit de l'assurance contractée par l'armateur.

L'expérience a duré dix ans : aujourd'hui, le créancier français est dans une situation identique, qu'il ait hypothèque sur un immeuble incendié ou sur un navire perdu. Je parle du moins du créancier dont l'hypothèque est postérieure à la loi de 1885; car les hypothèques constituées sur navires avant la promulgation de cette loi restent régies par l'article 17 de la loi de 1874 : il y a là un droit acquis pour le créancier, sans rétroactivité possible de la loi de 1885 à cet égard (art. 2, C. civ.).

Il reste encore au créancier à hypothèque plus récente la ressource, soit de se faire céder par le propriétaire assuré le bénéfice de son assurance, soit de faire assurer lui-même le navire dans la limite de son intérêt, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle il pourrait être colloqué en ordre utile. Ce qu'il assure ainsi, c'est son droit hypothécaire (3), c'est ce droit réel dans la

1. *J. Off.*, 1888 : Sénat, débats, pp. 132 et 189.

2. Mais le créancier hypothécaire seulement : Paris, 18 juil. 1879 (*J. du Havre*, 79-2-202 et 210).

3. De Valroger : *Droit marit.*, t. III, p. 176.

chose d'autrui, ce démembrement que le propriétaire a consenti en sa faveur ; et il l'assure dans la mesure de l'utilité qu'il pourra éventuellement retirer de ce démembrement (1). Même, — et cela résulte d'une remarque faite au chap. 1<sup>er</sup>, § 5, *sup.*, — cette opération lui sera moins onéreuse aujourd'hui que sous l'empire de la loi de 1874 ; en effet la liberté du taux de l'intérêt lui permettra de réclamer à l'emprunteur, outre les intérêts ordinaires de la somme prêtée, le montant de la prime qu'il devra payer à la compagnie d'assurance ; au lieu qu'il était auparavant forcé de sacrifier les intérêts pour assurer le capital, la prime étant généralement de 6 pour 100.

L'article 17 de la loi de 1874, dans son al. 2, permettait expressément aux créanciers inscrits de faire assurer le navire pour la garantie de leurs créances. Dans le silence de la loi de 1885, cela résulte encore aujourd'hui des principes généraux (2) et notamment de l'article 334 C. Com. : « *Toute personne intéressée peut faire assurer le navire...* »

75. — Au lieu de faire assurer le navire, le créancier hypothécaire pourrait-il, comme cela est possible en Finlande (art. 172) et aussi, paraît-il, en Angleterre (3), faire assurer *sa créance*? MM. Lyon-Caen et Renault (*op. cit.*, n° 2092) enseignent l'affirmative, admise par le rapporteur de la loi de 1885 (4).

1. Desjardins : *op. cit.*, n° 1337.

2. Civ. rej., 26 avril 1865, sur pourvoi contre arrêt de Bordeaux du 29 avril 1863, confirmant un jugement du tribunal de Bordeaux du 4 août 1862 : *Sir.*, 65-1-321 ; — *cf. J. Off.*, 1882 : Chambre, annexes, p. 150.

3. Millet : *Bull.*, p. 100.

4. *J. Off.*, 1883 : Sénat, annexes, p. 570.

Mais il ne suffit pas d'énoncer cette opinion, ni même de remarquer en sa faveur que faire assurer la créance, ou le navire jusqu'à concurrence du montant de la créance, revienne pratiquement au même, et que la perte du navire peut, en produisant l'insolvabilité du débiteur qu'elle prive d'une partie notable de sa fortune, causer au créancier un préjudice égal à la disparition de sa créance (1) : qu'importe ? La créance n'en subsiste pas moins quel que soit le résultat du voyage, et elle continuera à grever le patrimoine de l'armateur, qui ne pourra s'en libérer qu'en payant (2). Or on ne peut faire assurer que les choses estimables à prix d'argent sujettes aux risques de la navigation (art. 334, al. 1 *in fine*, C. Com.), comme le navire, qui n'est que la garantie accessoire de la créance : mais quant à la créance elle-même, son existence est indépendante des fortunes de mer. C'est pour ce motif que le Sénat a refusé d'insérer dans la loi du 12 août 1885 (modifiant l'art. 334 C. Com.) une disposition permettant au prêteur hypothécaire de faire assurer sa créance ; et rien ne nous autorise à méconnaître cette omission volontaire et le motif sur lequel on l'a appuyée (3).

Serait seule susceptible de faire l'objet d'une assurance la créance de sommes prêtées au capitaine avec hypothèque sur la part d'un quiraltaire dans les termes de l'article 233 C. Com., et sans obligation personnelle du capitaine : c'est là en effet une valeur sujette aux risques de

1. L.-C. et R. : *ibid.*

2. Bédarride : *op. cit.*, n° 19.

3. Desjardins : *op. cit.*, n° 1233.

la navigation, le quirataire pouvant s'affranchir de toute obligation par le délaissement (art. 216 C. Com.).

§ III. — *Suite du précédent. — Loi de 1874, ses avantages.*

76. — Quoiqu'il en soit, le créancier trouvait, dans l'exercice direct de son droit sans délégation expresse sur le produit de l'assurance, un moyen de garantie bien préférable à la cession du droit à l'indemnité, ou à l'assurance personnelle.

Écartons tout d'abord l'assurance de son hypothèque par le créancier : ce ne peut être là pour lui qu'un pis-aller, et qui ne se comprend que si le navire n'est pas assuré déjà ; autrement il y aurait paiement bien inutile de deux primes pour une, soit par le créancier et l'armateur respectivement, soit en définitive par celui-ci tout seul qui remboursera au créancier sa prime d'assurance sous forme d'un supplément d'intérêts.

On recourra donc à la cession du droit à l'indemnité. Il y a même des chances pour que cette cession devienne de style : elle donne en effet à l'hypothèque une consistance et une solidité indispensables ; et les auteurs de la proposition de loi disaient très justement en 1872, dans leur exposé des motifs (1) : « C'est seulement en fournissant aux créanciers tous les moyens de se garantir contre les risques particuliers auxquels le navire est exposé, que l'on pourra attirer les capitaux vers la marine ». Il est nécessaire au crédit que le prêteur puisse suivre son gage dans ses diverses transformations (2). Bien plus, dans un

1. *J. Off.*, n° du 26 août 1872, p. 5701.

2. *Mon. Univ.*, n° du 26 juin 1850, p. 2179.

discours cité à l'Assemblée Nationale par le rapporteur de la loi (1), M. Maîtrejean, avocat général à la Cour de Bordeaux, considérait l'hypothèque des navires comme une « conséquence naturelle de la sécurité qu'inspire l'assurance. »

En tous cas, et en dehors de la facilité plus grande donnée aux prêts par l'accroissement de garantie accordé aux prêteurs, il peut sembler peu rationnel au moins et peu équitable qu'un sinistre, diminuant le gage des créanciers hypothécaires, constitue en même temps un avantage pour les créanciers chirographaires, appelés à la distribution de l'indemnité d'assurance (2).

La cession du bénéfice de l'assurance au créancier hypothécaire est tellement dans les besoins de la pratique, qu'on prend la peine de la stipuler même en matière civile (3). N'était-il donc pas beaucoup plus simple de dispenser les parties du soin, de la peine, du temps de rédiger un acte spécial de cession (4)? N'était-ce pas un retour en arrière, que de faire disparaître cet article 17 dans lequel se résumait, selon certains auteurs, toute l'utilité pratique de la loi de 1874, et que l'on n'aurait pu écarter, disaient-ils, sans tuer dans l'œuf cette loi de salut, sans ruiner le crédit maritime (5)?

Il est hors de doute que cette suppression n'a pas peu contribué à fermer aux emprunts hypothécaires sur navires le domaine de la pratique et des affaires (6); car

1. *J. Off.*, n° du 28 juin 1874, p. 4422.

2. d'Anethan : Rapport sur la loi belge de 1851.

3. Laurin : *Revue intern.*, p. 242.

4. *J. Off.* n° du 28 juin 1874, p. 4415.

5. Laurin. *Cours élém.*, n° 1259.

6. Challamel: *op. et loc. cit.*

elle était le moyen d'empêcher non seulement les subrogations légales de l'indemnité au navire, dont on ne voulait plus, mais même les cessions volontaires du droit à cette indemnité, que l'on reconnaissait utiles et désirables (on aurait même pu dire : indispensables). Celles-ci en effet exigent pour leur réalisation une complication de formes d'où résultent des frais supplémentaires onéreux (1) : les risques sont toujours divisés entre un grand nombre d'assureurs, à chacun desquels il faudra notifier la cession (art. 1690 C. Civ.) pour ne point s'exposer à les voir payer valablement l'indemnité aux mains du propriétaire; et il n'est pas téméraire d'affirmer que bien des prêteurs reculeront devant ces complications.

L'emprunteur lui-même souffrira d'un tel état de choses. Les prêteurs peuvent exiger, pour veiller au renouvellement de l'assurance et à la conservation de leurs droits, la remise de la police entre leurs mains (2) : or la détention de la police est nécessaire à l'emprunteur pour contracter un autre emprunt ou pour régler avec ses assureurs au cas d'avaries.

77. — Pour abolir une disposition qui semblait si bien répondre aux nécessités de la pratique, et dont il faudrait je crois, réclamer le rétablissement, si l'on jugeait utile de faire un dernier effort en faveur de l'hypothèque des navires, produisait-on au moins contre elle des griefs sérieux ? Lui reprochait-on autre chose que d'être « une dérogation inacceptable aux principes les plus sûrs du

1. L. C. et R. : *op. cit.*, n° 2446; — Boistel : *Précis*, n° 1163.

2. *J. Off.*, 1883 : Sénat, annexes, p. 570.

droit commun » et de « méconnaître les règles élémentaires de la législation civile (1). »

De tels scrupules se comprendraient mal, alors qu'il s'agissait avant tout de la sécurité à donner aux capitaux pour les attirer vers les opérations maritimes ; et l'on ne se serait pas exposé à compromettre ce résultat pour la vaine satisfaction de consacrer un « retour rationnel aux règles ordinaires du droit hypothécaire (2). »

Aussi bien accumulait-on les critiques contre l'article 17, qui fut dès l'origine l'objet de l'hostilité des compagnies d'assurances. Mais il ne faut pas oublier que, respecté par les quatre propositions de loi présentées de 1876 à 1881 et tendant à modifier la loi de 1874, la question de la suppression de l'article 17 fut agitée pour la première fois dans le rapport déposé par la commission de la Chambre des députés le 10 décembre 1881 (3).

Quelles étaient donc les critiques formulées, et quelle en était la valeur ?

§ IV. — *Suite du précédent. — Loi de 1874, ses inconvénients.*

78. — Il est une crainte, émise par M. Bédarride (*op. cit.*, n° 249), que la pratique n'a pas justifiée : les créanciers chirographaires, pensait-il, voyant le gage de leurs créances absorbé par les privilèges d'une part et les hypothèques de l'autre, et se voyant en outre primés par les créanciers hypothécaires sur le montant de l'assurance, ne voudront plus se contenter de leur pur droit

1. *J. Off.*, 1882 : Chambre, annexes, p. 150.

2. *J. Off.*, 1883 : *loc. cit. sup.*

3. *J. Off.*, 1882 : *loc. cit. sup.*

personnel ; et celui dont la principale ressource consiste dans son matériel flottant se verra dans l'impossibilité de se procurer quelques centaines de francs sans s'obliger hypothécairement.

Je ne crois pas que ce soit dans cet ordre d'idées qu'il faille chercher le motif pour lequel le nombre des prêts hypothécaires a diminué depuis 1885.

79. — La subrogation légale de l'indemnité au navire nuira, ajoutait-on, aux armateurs, aux créanciers privilégiés, aux créanciers hypothécaires eux-mêmes, et aux assureurs.

Aux armateurs d'abord, et même à ceux qui n'emprunteront pas, et qu'elle forcera néanmoins, lorsqu'ils auront une indemnité à toucher, à fournir préalablement aux assureurs un certificat qu'il n'existe aucune hypothèque sur leur navire ; car ceux-ci ne consentiront pas à payer sans vérifier cette situation hypothécaire, pour ne pas s'exposer à payer deux fois. Il y a là une formalité gênante pour les armateurs, leur imposant des frais, des démarches, et des pertes de temps, des retards dans le recouvrement des indemnités (1).

Il faut avouer que cette gêne est peu sérieuse et peu digne d'attention (2) ; et je ne crois pas qu'elle suffise, comme le redoutait M. Billette (3), pour déterminer nos meilleurs armateurs, — c'est-à-dire ceux qui n'ont pas besoin de recourir à l'hypothèque et desquels on exigera néanmoins la production d'un certificat négatif, — à se faire

1. *J. Off.*, 1882 : *ibid.*

2. Lyon-Caen : *Gaz.* du 2 avril.

3. *L'hyp. m.*, pp. 55 et 59,

assurer à l'étranger : ils s'adresseront où les primes seront les moins fortes.

Dans les ventes immobilières, le vendeur ne peut, lui aussi, toucher son prix que sur présentation d'un certificat négatif : on n'a jamais fait de cela un grief au principe même de l'hypothèque.

Enfin il n'y a pas à parler des frais que cette formalité entraîne (1) : le décret du 18 juin 1886 (art. 3-5°) fixe à *un franc* le droit à payer pour la délivrance des états d'inscription.

80. — Les créanciers privilégiés semblaient sacrifiés également au profit des créanciers hypothécaires ; mais il n'y avait là qu'une apparence. Il est vrai que le droit de préférence des créanciers hypothécaires devait absorber presque toujours le produit de l'assurance sans que les privilégiés fussent venus concourir à sa distribution ; mais ceux-ci, en somme, manquaient seulement de gagner, sans rien perdre, et passaient toujours *parte in qua* avant les premiers : leur privilège était respecté, et leur droit subsistait entier sur les débris du navire. En effet ils peuvent toujours, comme c'est rigoureusement leur droit, saisir et faire vendre ces débris, et recueillir de cette opération tout ce qu'ils en auraient retiré s'il n'y avait pas eu d'hypothèques ; et remarquons qu'en ce cas les assureurs retrancheront de l'indemnité à payer le montant de la somme ainsi obtenue, ce qui sera autant de moins pour les créanciers hypothécaires (2).

Donc pour les créanciers privilégiés le préjudice ne consiste qu'en ce que, de même que les créanciers chi-

1. Voy. Billette : *Révision*, p. 41.

2. Laurin : *Rev. intern.*, pp. 237-238.

rographaires, ils ne concourent pas en tous cas à la distribution de l'indemnité, ce qui peut sembler un anomalie : tient-on à la faire disparaître ? Il serait facile d'insérer dans la loi une disposition en ce sens, leur conférant un droit sur cette indemnité, comme l'a fait le Sénat dans le projet relatif au crédit agricole mobilier voté par lui en février-mars 1888 (1).

81. — Les créanciers hypothécaires à leur tour, n'avaient, prétendait-on, aucun intérêt à l'application de l'article 17, qui pouvait au contraire leur donner une fausse sécurité, entraînant pour eux des inconvénients graves.

Si, par exemple, l'assurance était annulée comme mal faite (art. 332, C. com.) ou pour réticence ou fausse déclaration (art. 348), ou bien si l'armateur oubliait de renouveler son assurance contractée pour un temps limité (2) et que le navire pérît le lendemain du jour où elle expirait, le créancier hypothécaire qui comptait sur la subrogation de l'indemnité au navire se trouvait lésé par la négligence ou la fraude de son débiteur. Qu'on lui laisse le soin de veiller à ses propres intérêts : il pourra, si cela lui convient, stipuler une cession du droit à l'indemnité, et dès lors il complètera l'assurance si elle est défectueuse, il veillera à son renouvellement en temps utile.

A suivre ce raisonnement, il semblerait qu'il ne fût pas possible au créancier, auquel la loi permettait d'exercer ses droits sur le produit de l'assurance, de renouveler ou de compléter cette assurance faite par le proprié-

1. *J. Off.*, 1888 : Sénat, débats, pp. 132 et 189.

2. Art. 335 al. 3, C. com. : les polices ne sont faites en général que pour un an.

laire : or il est dans la même situation à ce point de vue, que ce soit ce propriétaire ou la loi elle-même qui lui ait conféré un droit sur l'indemnité, et sa sûreté dépend dans les deux cas du plus ou moins de diligence du débiteur à remplir ses engagements (1). Ce n'est pas parce qu'il aura cédé conventionnellement à son créancier son droit à l'indemnité, que le propriétaire ne pourra plus résilier son assurance sans prévenir personne (2).

82. — Mais ce dont l'article 17 ne put triompher, ce fut l'hostilité des assureurs ; et son abrogation, à vrai dire, a été due surtout à la constatation de cette hostilité.

Découvrant pour eux dans cet article des dangers aussi nombreux qu'imaginaires, les assureurs s'entendirent pour s'abstenir d'assurer les navires grevés d'hypothèques, aimant mieux chômer que mal moudre (3), et pour stipuler que le fait d'hypothéquer le navire sans leur consentement pendant la durée des risques serait une cause de résiliation de la police (4).

Ils craignaient d'abord, disaient-ils, que les armateurs endettés ne consentissent trop facilement à la condamnation de leurs navires comme à un moyen de payer leurs dettes hypothécaires. — Mais s'il est avéré que les armateurs évitent d'autant moins la condamnation qu'ils sont plus endettés, combien plus facilement ne semble-t-il pas qu'ils la consentiront, si l'indemnité d'assurance doit, au lieu d'aller directement à leurs créanciers hypothécaires, passer par leurs mains tout d'abord ?

1. Laurin : *Rev. intern.*, p. 242.

2. Gonse : *Notice, Ann. de législ. étr.*, 41<sup>m</sup> ann., p. 292.

3. Billette : *L'hyp. m.*, p. 60.

4. *Ibid.*, pp. 29 et 52.

Aussi les assureurs émettaient-ils de plus sérieux griefs qu'ils tiraient de cette disposition de l'article 17 al. 1, *in fine* : « L'inscription de l'hypothèque vaut opposition au paiement de l'indemnité d'assurance. (1) »

Il est facile d'établir la nécessité de cette opposition légale. J'ai déjà indiqué qu'elle évitait aux créanciers de coûteuses notifications à faire aux nombreux assureurs. Elle s'imposait aussi plus énergiquement à l'attention des assureurs, qui ne perdaient jamais de vue cette opposition générale et permanente, au lieu qu'ils peuvent facilement, par négligence ou simple inadvertance, mettre en oubli une opposition accidentelle (2). En somme elle donnait au prêteur la plus grande sécurité possible.

Voici en sens inverse le raisonnement que M. Billette (3) fit adopter aux compagnies d'assurances.

Supposons un créancier négligent et un armateur malhonnête : ils ne le sont pas tous, mais enfin cela peut arriver. Le créancier a omis de faire inscrire son hypothèque, ou de provoquer le renouvellement de l'inscription dans les délais. Un sinistre arrive, et nous assureurs nous versons le montant de l'indemnité entre les mains de l'armateur, qui a l'indélicatesse de le recevoir en nous laissant dans l'ignorance des hypothèques dont il a grevé son navire. Nous nous sommes seulement réservé, selon l'usage, entre la délivrance du certificat négatif et le paiement, un délai de quinze jours pour vérifier les pièces. Or pendant ce délai le créancier de tout-à-l'heure a pris ou renouvelé son inscription ; et il nous réclame un nouveau paie-

1. Cf. art. 23, 2<sup>e</sup> phrase, de la loi de 1874.

2. Billette : *eod. op.*, p. 12.

3. *Ibid.*, pp. 16 à 23 et 50-51

ment en vertu du droit que lui confère l'article 17 sur l'indemnité : son inscription, nous dit-il, existait lors du paiement fait à l'armateur, or elle valait opposition, donc ce paiement n'a pas été libératoire. Inutilement répondrons-nous que l'inscription était nulle, comme ayant été prise sur un navire péri, inexistant, et que nous n'avons pas à en tenir compte : on nous répondra qu'elle vaut comme opposition au paiement, aux termes de l'article 17, au même titre qu'une signification par huissier faite après la perte du navire, et qu'il est toujours temps de signifier le transport de l'indemnité tant que celle-ci n'a pas été payée. Bien plus ne suffira-t-il pas, — au cas spécial d'une inscription existant au jour du sinistre mais périmée depuis lors et antérieurement à la délivrance du certificat négatif, — que le créancier excipe de l'impossibilité où il était de faire renouveler son inscription sur un navire qui n'existe plus (1)? Ce renouvellement était rendu sans objet, et l'inscription existante au jour de la perte valait opposition à tout paiement ultérieur (2).

En tous cas, concluait les assureurs, il faudra aller devant la justice, et nous craignons bien, car il faudra nécessairement une victime, que le choix ne tombe sur nous (3).

Cela pourrait être assurément, s'il était en l'habitude des tribunaux de sententier les procès au sort des dés.

1. Remarquons de suite que l'on comprend mal ce scrupule au sujet des renouvellements, dans une opinion qui considère comme possibles et valables en tant qu'oppositions au paiement les inscriptions prises après la perte du navire.

2. Bédarride : *op. cit.*, n° 23-24.

3. Billette : *l'hyp. m.*, p. 24.

Mais les juges commerciaux eux-mêmes s'efforcent avant tout de se conformer aux principes, et ici les principes sont clairs.

Écartons d'abord par une simple observation la solution redoutée au cas de péremption de l'inscription après la perte du navire et avant la délivrance du certificat négatif : peu importent les péremptions postérieures à la perte, car ce que se feront délivrer les assureurs, c'est un état des inscriptions *au jour du sinistre*.

Quant à la validité de l'inscription ou du renouvellement effectué après la perte du navire, je la nie absolument, même en tant que considérée comme simple opposition au paiement de l'indemnité d'assurance. Les seules hypothèques donnant aux créanciers un droit à être payés sur le montant de cette indemnité, sont celles qui ont été conservées par une inscription non périmée lors de la perte; et les inscriptions ne sont valables comme oppositions au paiement en vertu de l'article 17, que si elles sont d'abord valables comme inscriptions (1). Le créancier qui n'a pas pris ou renouvelé son inscription en temps utile s'expose donc sans recours à se voir exclure, par la perte du navire, de tout autre droit à l'indemnité d'assurance que celui d'un créancier chirographaire.

§ V. — *Suite du précédent.* — *Modifications nécessaires.*

83. — Il paraît cependant qu'il ne suffisait pas de répondre à l'objection de principe pour réduire l'hostilité des compagnies. Celles-ci avaient peur, peur de payer

1. Lyon-Caen, Gaz. 2 avril

deux fois ; et que cette crainte fût ou non fondée, ajoutait-on (1), inutile de le rechercher, elle existait, et devait être funeste à l'avenir de l'hypothèque, qui ne peut vivre que par l'assurance.

Eh ! bien, il s'agissait simplement de la faire disparaître cette crainte ; et si le raisonnement ne suffisait pas à persuader les assureurs, il fallait modifier notre article sans qu'il soit nécessaire de l'abroger pour cela : on les aurait rassurés en insérant dans la loi une disposition que les principes rigoureux auraient fait considérer comme inutile, mais qui ne l'aurait pas été complètement si elle avait atteint son but.

On aurait pu, reconnaissant à l'inscription toute la valeur d'une opposition au paiement de l'indemnité, ajouter que ce résultat dépendrait de la validité de l'inscription elle-même en tant qu'inscription, et qu'il était impossible d'inscrire une hypothèque sur un navire déjà péri.

On aurait même pu (2) astreindre les armateurs à faire au bureau de la douane une déclaration du décès de leurs navires, de même qu'ils y font la déclaration de leur naissance ; et, une fois constatée cette déclaration de la perte ou de l'innavigabilité, les assureurs auraient payé l'armateur en toute sûreté, sur production d'un certificat négatif.

Il fallait chercher en somme à rendre pratique la disposition de l'article 17, modification si favorable au crédit hypothécaire, et accueillie avec faveur dans plusieurs pays étrangers dont les législations pourvoient

1. Bédarride : *op. cit.* n° 22

2. Billette : *L'hyp. m.* p. 22 ; Lyon-Caen : *Gaz.*, 2 avril.

mieux que ne le faisait la nôtre à la sécurité de l'assureur (1).

84. — Il aurait aussi fallu faire disparaître, dans un texte bien rédigé, certaines controverses qui s'étaient élevées avant 1885.

Ainsi, rien ne forçant l'armateur, quelque grave que soit le sinistre subi par son navire, à délaisser plutôt qu'à faire un règlement par avaries, et cela même au cas où la clause *franc d'avaries* a été insérée dans le contrat d'assurance (art. 409, C. Com.) on discutait si le droit des créanciers hypothécaires pouvait s'exercer sur toutes sommes obtenues de l'assureur, par quelque action que ce soit, ou bien s'il fallait qu'il y eût délaissement. Dans cette deuxième opinion, les créanciers hypothécaires se trouvaient à la discrétion de leur débiteur, et étaient frustrés s'il agissait par l'action d'avaries.

D'autre part, on avait prétendu (2), malgré le silence de la loi, et par un argument d'analogie assez hardi, que le créancier hypothécaire pouvait exercer son droit sur la contribution à avaries communes comme sur l'indemnité d'assurance : on voyait là une vraie subrogation réelle, un remplacement du navire ou de portion du navire par l'indemnité, qui se trouve être *rigoureusement* pars rei. — Cela est très équitable, mais aurait besoin d'être spécifié.

85. — En vertu de ce même caractère d'équité, ce n'est pas seulement « en cas de perte ou d'innavigabilité du navire », c'est en tous cas d'avaries-dommages, que je croirais utile d'admettre les créanciers hypothécaires à exercer leurs droits sur l'indemnité d'assurance.

1 Bufnoir : *op. cit.*, p. 204.

2. Laurin : *Cours élém.*, n<sup>o</sup>., 1262 bis.

Le seul motif allégué pour écarter la subrogation au cas de règlement d'avaries, fut que l'on voulait éviter aux assureurs l'obligation de vérifier à chaque règlement l'état hypothécaire du navire, et de mettre en cause les créanciers inscrits. Cela a fait dire à M. Billette (*op. cit. sup.*, n° 26) : « Nous devons nous montrer très touchés de cette délicate attention du législateur ; mais est-on bien sûr que les créanciers n'auront point à s'en plaindre ? »

Qu'un navire, en effet, rentre au port plus ou moins disloqué par les coups de mer : plus l'armateur sera insolvable, plus volontiers il procèdera à la vente de son navire plutôt qu'à sa réparation (1). Le navire sera donc vendu dans l'état où il se trouve, et les créanciers hypothécaires seront réduits à ce que pourra produire cette vente, c'est-à-dire à une somme insuffisante peut-être pour éteindre les privilèges qui les priment (2). Pourquoi donc les priver du montant de l'assurance, que leur débiteur se sera attribué à leur détriment ?

C'est que le législateur n'a pas obéi au seul désir d'éviter aux assureurs des embarras trop fréquents : un autre motif latent de sa décision a été que le propriétaire peut aussi bien avoir l'intention de réparer son navire et de le remettre en état de prendre la mer, auquel cas ses créanciers conserveraient intact l'objet de leur gage. C'est même à cette réparation que sera le plus ordinairement consacrée l'indemnité mise par le règlement de l'avarie à la charge de l'assureur ; et attribuer cette indemnité aux créanciers inscrits serait lui enlever sa destination naturelle, ce serait rendre toute réparation

1. Il faut supposer qu'il ne peut pas le faire condamner.

2. Bédarride : *op. cit.*, n° 18, p. 24.

impossible si l'armateur n'avait point une fortune personnelle suffisante pour y pourvoir autrement (1).

Mais cet inconvénient était prévu et évité, dans le texte voté par la Chambre le 7 juin 1881 (2), ainsi que dans la proposition de loi déposée en novembre 1881, et qui ne faisaient que s'approprier les termes du projet relatif aux hypothèques immobilières, voté en deuxième lecture le 11 décembre 1850 (3). Il suffisait de n'affecter l'indemnité d'avaries au paiement des créanciers hypothécaires que dans le cas où cette indemnité ne serait pas employée à la réfection du bâtiment.

Cette restriction, admise en Belgique en vertu de la loi de 1879 (art. 149) pour l'hypothèque des navires, avait déjà été introduite en ce pays par la loi du 16 décembre 1851 (art. 10) en matière d'hypothèque immobilière. Elle est également consacrée par la jurisprudence autrichienne (4). Citons enfin dans le même sens la loi prussienne de 1872.

#### § VI. — *Radiation des inscriptions.*

86. — De quelque façon que les hypothèques s'éteignent, il faut procéder à la radiation des inscriptions (5), à moins d'attendre l'expiration du délai de dix ans au bout duquel celles-ci sont périmées.

L'article 14 de la loi de 1885 reproduit exactement les

1. *Ibid.*, p. 23.

2. *J. Off.*, 1881 : Chambre, débats, p. 1136.

3. *Monit. Univ.*, n<sup>o</sup>. du 12 décembre 1850, p. 3547.

4. Lyon-Caen: *Gaz.*, 1<sup>er</sup>. avril.

5. *Cf* loi prussienne du 24 juin 1861 : art. 59, § 2, al. 3.

termes de l'article 2157 C. Civ. (1). — Quand y aura-t-il lieu à jugement ordonnant la radiation ? Dans le silence de la loi spéciale, c'est l'article 2160 C. Civ. qui nous fournit la réponse. — Quel sera le tribunal compétent pour ordonner la radiation ? Celui dans le ressort duquel l'inscription a été faite, sous réserve de toute convention contraire aux termes de l'article 2159 al. 2, C. Civ.

Quant à la radiation volontaire, l'article 45 al. 1, en reproduisant en substance l'article 2158 C. Civ., semble introduire dans notre loi un défaut d'harmonie : tandis que l'hypothèque sur les navires peut être consentie sous-seing privé, sa radiation ne peut être opérée que sur le dépôt d'un acte authentique portant consentement.

L'article 147 de la loi belge, l'article 7 de la loi de Hambourg, se contentent d'un acte sous-seing privé.

De même l'article 58 du Merchant Shipping act prescrit seulement la production de l'acte constitutif portant au dos quittance des deniers prêtés dûment signée et attestée.

Si l'article 4193 des statuts des États-Unis parle d'acte passé devant un notaire, c'est aussi bien pour la constitution que pour la mainlevée de l'hypothèque.

On a motivé la solution de notre loi sur ce que la radiation d'une hypothèque valable est irréparable et fait irrévocablement perdre son rang au créancier rayé. Il est donc nécessaire que l'individualité de celui qui consent à la disparition du gage qui affectait le navire soit parfaitement garantie : il faut craindre les fraudes de créanciers hypothécaires postérieurs. Au contraire, il est difficile de concevoir qu'un tiers aille faussement, sans aucun intérêt, ou du moins sans intérêt appréciable, grever d'une

1. Cf. Code italien (art. 682) et loi Belge (art. 146).

inscription hypothécaire, sous un faux nom, un navire sur lequel il n'aurait pas le droit de prendre cette garantie ; de plus une inscription opérée à tort en vertu d'un acte falsifié n'a pas de graves conséquences : on la fait annuler, et le dommage causé disparaît aussitôt. Puis il n'y a généralement pas si grande urgence à radier qu'à inscrire.

87. — La communication de l'acte constitutif au receveur des douanes, prescrite par l'al. 2 de l'article 15, semble rendre la radiation impossible quand cet acte a été rédigé en un seul original. Mais le titre a pu ne pas être déposé, sans que pour cela l'inscription soit nulle : voilà donc un cas où un original unique pourra être représenté. En sens inverse, les parties ont pu, au moment du règlement et pour toute quittance, détruire le titre qu'elles avaient entre les mains : le receveur des douanes ne pourra pourtant pas se refuser à radier (1).

L'article 15 al. 2 n'a en somme prévu que *id quod plerumque fit*, et il n'y rien à en induire sur la nécessité d'un double original. La mention sur le titre constitue du reste une pure superfétation, que la loi belge a passé sous silence : elle n'ajoute rien à l'autorité de l'acte, et, si elle est rendue impossible, la constatation de la radiation sur les registres aura néanmoins tous ses effets légaux.

On a demandé, dans la discussion de la loi (2), que cette mention ne fût pas imposée aux receveurs comme devant être faite *séance tenante* : il faudrait, disait-on, leur laisser le temps d'examiner à loisir les qualités des parties, pour ne pas engager leur responsabilité ni com-

1. Bédarride : *op. cit.*, n<sup>o</sup>, 244.

2. *J. Off.*, n<sup>o</sup>, du 11 décembre 1874, p. 8185.

promettre le sort des créances inscrites. — L'authenticité exigée pour l'acte de consentement ne suffit-elle pas à écarter tout danger ?

Ce n'est pas deux mots de l'article, c'est l'alinéa tout entier, dont la suppression serait utile. Le titre constitutif est peut-être en la possession d'un bénéficiaire inconnu : les tiers ne s'en préoccuperont guère pour rechercher les radiations survenues, et c'est au bureau des hypothèques qu'ils s'adresseront (1). Voilà bien un exemple de ces formalités inutiles, donc nuisibles, qui encombre nos lois sans profit pour personne : ce n'est pas celles-là qu'on songe à abolir.

---

1. Bédarride : *eod. loc.*

## CHAPITRE VI

### DES EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE A L'ÉGARD DES TIERS ; — DE LA PURGE

#### § I. — *Droit de suite*

88. — La loi de 1885, dans son article 17 al. 1, consacre le droit de suite, qui est un des éléments du droit hypothécaire : droit de suite de l'article 2166 Code civil, et non pas, comme je l'ai déjà fait remarquer, ce droit de suite accordé par le Code de commerce aux créanciers privilégiés ou même chirographaires de l'armateur, et qui s'éteint par un voyage accompli dans les conditions de l'article 193, dern. al.

L'hypothèque constituée par un premier propriétaire subsiste donc contre l'acquéreur, et l'inscription en est reportée d'office sur le registre du nouveau port d'immatricule par le receveur de ce port, lorsque le navire a changé de port d'attache en changeant de mains (1). De même l'hypothèque constituée par le constructeur sur le navire en construction sera reportée d'office à sa date sur le registre du lieu de francisation, lorsque ce lieu sera autre que celui de la construction (art. 7, al. 2) : cette opération sera facilitée par l'accomplissement des formalités de l'article 7 al. 1.

1. Art. 7 al. 2 : *cf.* Merch. Ship. act, art. 91.

89. — Le créancier exercera son droit de suite contre le tiers détenteur de la même façon qu'il exerce son droit hypothécaire contre le débiteur encore nauti, par une saisie suivie de vente en justice. Tout créancier hypothécaire même dernier inscrit peut d'ailleurs exercer ses droits sans avoir à solliciter l'autorisation des autres, à l'inverse de ce qui a lieu en Angleterre (Merch. Ship. act, article 71).

Quoique partant du même principe, il y a d'ailleurs des différences notables entre l'exercice du droit de suite par hypothèque sur les navires et l'exercice du même droit sur les immeubles : ces différences sont consignées dans les alinéa 2 à 4 de l'article 17 ; elles ont trait au cas où l'hypothèque ne grève qu'une portion indivise du navire.

Cette hypothèque une fois consentie avec l'autorisation de la majorité (art. 3, al. 3), le créancier pourra en poursuivre la réalisation contrairement à l'article 2205, et il pourra le faire, par dérogation à l'article 883, en quelques mains que la portion hypothéquée se trouve transportée après partage ou licitation. Cette disposition a eu pour but de permettre à tout quirataire de recourir à l'hypothèque, même lorsque sa part de propriété est inférieure à la moitié du navire : aucun emprunt ne lui aurait été possible, si le prêteur avait dû, pour réaliser son gage, poursuivre une licitation que la majorité aurait pu lui refuser (art. 220, al. 3, C. com.).

Le créancier pourra donc saisir et faire vendre la portion seulement qui lui est affectée, sans avoir à appeler les copropriétaires à l'opération. Il pourra même, mais en appelant les copropriétaires à la vente car il y a là un mode de partage, saisir le navire entier si son hypothèque

que porte sur plus de la moitié des quirats. On motivait cette dernière faculté pour le créancier hypothécaire, avant 1885, sur cette idée, que l'affectation de la moitié du navire impliquait autorisation de la majorité à la *licitation* (1). C'a été en effet l'idée du législateur. Mais la licitation du navire peut être accordée sur la demande des propriétaires formant ensemble la moitié seulement de l'intérêt total dans le navire (art. 220, al. 3, C. com.); au lieu que l'article 17 parle dans son al. 2 d'une hypothèque grevant plus de la moitié du navire.

Qu'il y ait eu là une erreur de rédaction, comme le remarquent un jugement du tribunal de Dunkerque du 19 janvier 1883 et un arrêt de Douai du 8 mai suivant (*Sir.*, 86, 1, 261), et que la commission de 1874 ait cru proposer une quotité identique à celle exigée en matière de licitation, soit. Mais la lettre de la loi applique beaucoup plus justement le principe général posé par l'art. 220, al. 1, C. com., et non pas la disposition exceptionnelle de l'al. 3, qui ne s'explique que par les nécessités spéciales de l'administration, et qui, non susceptible d'extension à la vente sur saisie, ne serait d'aucune utilité en notre matière (Civ. Cass., 31 mars 1886 : *Sir.*, *ibid.*)

Je crois même que l'on aurait agi sagement en n'autorisant pas une saisie et vente pour le tout du fait d'un créancier qui n'a hypothèque que sur une part du navire, cette part fût-elle supérieure à la moitié de l'intérêt total. On aurait ainsi mieux protégé les droits toujours respectables de la minorité, que la règle admise par la deuxième phrase de l'art. 17 al. 2 sacrifie (2), car elle

1. L.-C. et R. : *op. cit.*, n° 2437 *in fine*

2. Laurin : *Cours élém.*, n° 1256.

expose certains quirataires à être expropriés par le fait d'un ou de plusieurs de leurs copropriétaires : le navire saisi et vendu judiciairement sera presque toujours vendu à vil prix ; or ils seront bien appelés à la vente, et pourront en rachetant profiter de la dépréciation au lieu d'avoir à en souffrir ; mais dans combien de cas les propriétaires d'un dixième, d'un vingtième, d'un centième peut être, pourront-ils faire utilement ce rachat (1) ?

90. — La dérogation à l'article 2205 Code civil eût été inutile, si l'on avait admis l'application de l'article 883 : on n'aurait pas trouvé de capitalistes consentant à prêter sur une garantie aussi aléatoire.

Notons toutefois que la restriction de l'article 17 alinéa 3, aux seules hypothèques aboutit à une anomalie : les privilèges nés durant l'indivision du chef de l'un des copropriétaires (2) ne subsisteront pas contre le nouveau propriétaire après la licitation.

Remarquons aussi que la rédaction de 1874 (art. 18, ancien) était plus prudente et plus sage que la rédaction actuelle. Il n'y avait pas de motifs de déroger à l'article 883 en matière d'indivision provenant de succession, par exemple ; et l'impossibilité d'hypothéquer une portion de navire sans l'adhésion de la majorité ne constitue pas, quoiqu'on en ait dit (3), une garantie assez forte, et ne suffit pas pour empêcher les abus. La preuve en est dans la possibilité de l'espèce suivante, construite au cours des

1. Billette : *L'hyp. mar.*, p. 59.

2. Notamment en vertu de l'article 191-10°, C. com.

3. *J. Off.*, 1883 : Sénat, annexes, p. 570 ; — cf. M. Rataud, à son cours.

débats (1), mais que l'on oublia en 1885 après en avoir tenu compte en 1874 :

Un ou deux enfants qui ont, par hypothèse, reçu leur part ou même davantage, hypothèquent, au lendemain du décès de leur auteur, la moitié ou les deux tiers d'un navire indivis trouvé dans la succession. Un troisième enfant, qui n'a rien reçu en avancement d'hoirie, se voit ainsi octroyer pour tout émolument ce navire, grevé, pour la moitié ou les deux tiers de sa valeur, d'une hypothèque qui continue de subsister malgré l'événement du partage ; et pour peu qu'il y ait des dettes dans la succession, il pourra se faire qu'il ne lui reste rien ou bien peu de chose, en dehors de son action personnelle, peut-être illusoire, contre ses deux cohéritiers.

Notre article 17 al. 3 peut donc aboutir en certains cas à un déni de justice et à une spoliation.

91. -- La vente sur saisie opérera purge (articles 29 et suiv.), c'est-à-dire transformera définitivement le droit des créanciers sur le navire en un droit à être colloqués sur le montant du prix de vente suivant l'ordre de leurs inscriptions ; sans que toutefois, pour les hypothèques portant sur une part seulement du navire, le droit de préférence des créanciers puisse s'exercer sur aucune partie du prix autre que celle afférente à l'intérêt hypothéqué (art. 17, al. 4).

On se demandait, sous l'empire de la loi de 1874, si son article 24 (reproduit par l'art. 29 actuel) entendait, par les mots *vente judiciaire*, seulement une vente faite dans les formes des articles 201 et suiv., C. Com., ou au contraire toute vente faite avec intervention de jus-

1. *J. Off.*, n° du 28 juin 1874, p. 4418.

tice (1). La question semble aujourd'hui tranchée dans le premier sens par la place assignée à l'article 29 parmi les dispositions (art. 23 et suiv.) qui ont remplacé les articles 201 et suiv., C. Com., abrogés. C'est en ce sens du reste que décide, relativement à la purge du droit de suite des créanciers privilégiés et chirographaires, l'article 193 C. Com.: comment le droit de suite des créanciers hypothécaires s'éteindrait-il plus facilement (2)?

Il faut donc repousser la décision du tribunal civil de Boulogne-sur-mer (3), d'après laquelle la vente, par le ministère d'un courtier maritime, d'un navire dépendant d'une faillite, serait une vente judiciaire dans le sens de l'article 24 de la loi de 1874.

On a critiqué à bon droit cet article 24-29, en faisant remarquer que la vente judiciaire n'a pas en somme plus de publicité qu'une autre, que le droit de surenchérir serait profitable aux créanciers comme au propriétaire, et que la statistique même en démontre l'utilité, le nombre des surenchères étant plus considérable dans les ventes de cette nature que dans les ventes volontaires (4). En ne tenant pas compte de cette observation le législateur a fait passer le besoin de célérité des affaires commerciales avant la sécurité due aux créanciers (5), et il a, en diminuant cette sécurité, contribué à éloigner les capitaux (6).

1. Vente d'un navire appartenant à un mineur, ou faisant partie d'une succession bénéficiaire, ou après faillite.

2. L.-C. et R.: *op. cit.*, n° 2443 *in fine*.

3. 24 février 1883 : *Le Droit*, n° du 20 septembre 1883.

4. *J. Off.* n° du 28 juin 1874, p. 4417.

5. Chalamel: *op. cit.*, p. 93, note 1.

6. *Ibid.*, note 2.

L'article 678 du Code italien et l'article 154 de la loi belge consacrent néanmoins la solution de notre article 29. De même l'article 15 du Code de Finlande, qui ajoute : le créancier conserve ses droits sur le prix d'achat, lequel ne doit être soldé au vendeur qu'au bout d'un mois après publications.

92. — En Angleterre, où le créancier hypothécaire qui s'est mis en possession peut disposer comme il l'entend du navire, il est toutefois admis en pratique que la vente à l'amiable ne doit avoir lieu qu'après une tentative infructueuse de vente aux enchères (1). Mais quelque désastreuse que soit la vente, aucune action n'appartient au débiteur pour se plaindre de la vileté du prix : ainsi jugé par une cour, le 15 avril 1885 (2).

§ 11. — *Formalités de la purge.*

92 bis. — Il n'existe pas non plus, en Angleterre, de purge proprement dite. L'acquéreur emploie son prix à payer les créanciers inscrits ; et il se fait promettre par le vendeur une indemnité pour le cas où il serait inquiété par des créanciers privilégiés non inscrits.

93. — A moins de payer intégralement les créanciers hypothécaires (3), l'acquéreur français doit, pour éviter

1. Millet : *Bull.*, p. 104.

2. La décision du jury des assises de Sussex, réformée par cet arrêt, avait accordé 113 l. de dommages-intérêts au débiteur de 830 l., son navire qui valait 600 l. ayant été vendu 410 l.

3. Au quel cas sont inapplicables les formalités prescrites pour la purge (Req. rej., 20 mai 1884 : *Gaz. des trib.*, n° du 25 mai 1884).

le délaissement ou l'expropriation (1), se conformer aux dispositions des art. 18 et 19 de la loi de 1885 (2).

Sous l'expression d'« acquéreur » employée par ces deux articles, il faut d'ailleurs comprendre tout tiers détenteur quel que soit son titre d'acquisition : il serait peu rationnel d'obliger celui qui possède le navire en vertu d'un legs ou d'une donation à rester indéfiniment sous le coup de l'action hypothécaire (3), et le législateur de 1885, comme celui de 1874, a simplement statué *de eo quod plerumque fit* en prenant l'espèce d'une vente, mais il n'a pas pu vouloir bouleverser tout le système du droit français en matière de purge (4), surtout sans en avoir même indiqué l'intention dans la discussion.

Qu'importe que nos articles 18 et 19 parlent exclusivement d'*acquéreur*, de *vendeur*, et de *prix*, au lieu que l'article 2184 C. Civ. parle d'*acquéreur ou donataire*, et l'article 2183 de *vendeur ou donateur*, de chose *vendue ou donnée*, de *prix de vente ou évaluation de la chose si elle a été donnée*? — L'article 2182 al. 2 dit que le *vendeur* transmet à l'*acquéreur*... », et sa disposition s'applique également au donateur et au donataire ou légataire. L'article 2183 prescrit de notifier aux créanciers « 2° Extrait de la transcription de l'*acte de vente* », et cette expression comprend tout contrat quelconque translatif de pro-

1. De même l'acquéreur étranger d'un navire français, pour éviter la nullité de la vente.

2. Il ne peut être question pour lui d'opposer l'exception de discussion (art. 2170 C. civ.), puisque cette exception n'est pas opposable aux créanciers ayant hypothèque spéciale (art. 2171).

3. De Valroger : *Droit maritime*, n° 1267.

4. Desjardins : *op. cit.*, n° 1252 *in fine*.

priété. L'article 2184 dit que le *donataire* devra se déclarer prêt à acquitter les dettes et charges hypothécaires « jusqu'à concurrence *du prix* ». Enfin tous ces articles qui ne désignent que vendeurs et donateurs, acquéreurs et donataires, sont, sans contestation aucune, applicables au cas d'échange comme au cas de vente, au cas de legs comme au cas de donation.

L'article 18 prescrirait-il de notifier la *nature de l'acte*, si cet acte était nécessairement une vente ?

L'opinion qui veut s'en tenir strictement à la lettre de la loi de 1885, prétend que celle-ci a eu surtout pour but de favoriser le crédit maritime sans entraver la vente des navires, mais qu'elle n'a pas été faite dans l'intérêt des donataires et légataires : il suffirait donc de reconnaître le droit de purger aux acquéreurs à titre onéreux, sans porter davantage atteinte au droit des créanciers hypothécaires, que la purge réduit à se faire payer sur le prix et expose ainsi à recevoir un paiement partiel.

Sans revenir sur ce qu'il y aurait de peu rationnel à mettre les acquéreurs à titre gratuit, détenteurs de navires, dans une position plus mauvaise à la fois que les donataires de meubles ordinaires et que les donataires d'immeubles, sous prétexte que les navires sont des meubles d'une nature spéciale, — remarquons que cette solution n'est pas du tout, comme on le prétend, dans l'intérêt du commerce maritime, car un propriétaire hésitera certainement à faire des dépenses plus ou moins considérables sur son navire, s'il est exposé à en être évincé d'un jour à l'autre par la mise en œuvre d'une hypothèque antérieure à son acquisition (1).

1. De Valroger : *eod. loc.*

Quant à l'intérêt invoqué des créanciers hypothécaires, croit-on qu'ils en aient beaucoup plus à poursuivre l'expropriation, qu'à accepter le prix offert par l'acquéreur ou à surenchérir au besoin ?

94. — Donc tout acquéreur non personnellement obligé au paiement des dettes hypothécaires peut purger. Il doit pour cela, après avoir fait opérer la mutation en douane, faire aux créanciers inscrits des notifications analogues à celles prescrites par l'article 2183 C. civ. (1). Il doit les faire au plus tard dans la quinzaine des poursuites intentées contre lui par ces créanciers, c'est-à-dire comme l'indique l'article 150 de la loi belge, dans la quinzaine à compter de la sommation de payer ou de délaisser à lui adressée, et accompagnée sinon précédée d'un commandement fait au débiteur (2). Ce délai expiré, il serait déchu du droit de purger, à moins que la sommation ne fût tombée en péremption, ou que les créanciers ne consentissent à ne pas opposer la déchéance (3).

Pour les cas d'acquisitions à titre gratuit, les dispositions de notre article 18 doivent être, comme je l'ai indiqué, complétées par celles de l'article 2183 C. Civ. quant aux notifications à faire.

Notons que rien ne correspond en notre matière au n°2 de l'article 2183 (extrait de la transcription de l'acte

1. J'ai dit : après mutation en douane ; ce n'est qu'à partir de ce moment, en effet, que l'acquéreur sait les créanciers qui ont le droit de suite contre lui et auxquels il a, dès lors, intérêt à faire les notifications à fin de purge (L.-C. et R. : *op. cit.*, n° 2440).

2. Art. 198, C. com., et 2169 C. civ. : Cass., 25 novembre 1862 (Dal. 63-1-212).

3. Desjardins : *op. cit.*, p. 500.

de vente): la loi de 1885 ne prescrit pas la notification d'un extrait de la mutation en douane.

Quant au tableau sur trois colonnes de l'article 18-2°, quoiqu'il ne contienne pas, comme celui de l'article 2183-3°, la mention, inutile d'ailleurs, de la date des hypothèques, il est nécessairement plus complet et renseigne mieux les créanciers sur leur situation respective. En effet, il n'y a pas à se préoccuper d'hypothèques légales en notre matière; au lieu que les créanciers à hypothèque immobilière ont à compter avec elles, or le tableau de l'article 2183 ne révèle que les hypothèques inscrites (1).

95. — Le droit de requérir la mise aux enchères, accordé à *tout créancier* par l'article 20, doit être reconnu seulement aux créanciers *inscrits* (2). Admettre cette faculté pour tous les créanciers même non hypothécaires (3) serait dans notre droit une anomalie, et le législateur ne l'aurait certainement pas consacrée sans la souligner dans le texte, sans l'indiquer tout au moins dans les travaux préparatoires. Les mots « Tout créancier » ne se rapportent évidemment qu'à ceux qui ont reçu les notifications (4).

La réquisition pourra d'ailleurs être signée par un fondé de procuration spéciale, aux termes de l'article 2185 4° C. Civ.

96. — La brièveté du délai de 10 jours, dans lequel cette réquisition doit être signifié à l'acquéreur, a été

1. L.-C. et R. : *op. cit.* p. 526, note 1.

2. Art. 2185 C. Civ ; *cf.* loi belge, art. 152. — De Valroger : *droit marit.*, n° 1282, p. 168 ; Bédarride : *op. cit.*, n° 303.

3. Boistel : *Précis*, n° 1166.

4. *Add. arg.* art. 21, première phrase.

justement critiquée. Pour peu que le créancier soit absent ou empêché, il est évident qu'il n'aura pas là un délai suffisant pour prendre les mesures nécessaires, même si l'on y ajoute une prolongation en raison de la distance, conformément à l'article 1033 al. 3, C. Pr. civ.

Seraient également insuffisants les 15 jours accordés par les lois de Belgique (art. 152) et d'Italie (art. 680). Il faudrait au moins 30 jours comme le proposait M. Sebert (1), ou 40 jours comme en matière civile (art. 2185 1<sup>o</sup>, C. Civ.)

J'ai parlé en effet d'absence ou d'empêchement : on peut citer aussi le décès d'un créancier qui aurait laissé des mineurs sans tuteurs encore nommés. Il suffira même que le navire soit en voyage, supposition que consacre et dont se préoccupe l'article 21 : le créancier, pour s'assurer que le prix de vente n'est pas en proportion avec la valeur réelle du navire et qu'il y a lieu de requérir la mise aux enchères, voudra probablement vérifier ou faire vérifier l'état de ce navire, et il lui faudra quelque temps pour cela (2).

Que l'on n'allègue pas la célérité nécessaire des opérations commerciales en général, et, comme le faisait le rapporteur de 1874, celle des formalités de la saisie des navires en particulier. Il ne s'agit pas ici de saisie, mais de surenchère sur vente volontaire, et la confusion faite par le rapporteur n'a point été probablement sans entraîner des convictions en égarant le débat. Il ne faut pas non plus, sous prétexte de célérité, arriver à rendre impossible l'exercice du droit qu'on reconnaît aux créan-

1. *J. Off.*, nos. des 28 juin et 11 décembre 1874, pp. 4417 et 8487.

2. Bédarrid : *op. cit.*, n.307.

ciers (1) ; il ne faut pas rendre illusoire ce droit de surenchère (2) : autrement le prêteur, menacé dans ses intérêts, trouvera qu'on ne lui offre pas une garantie suffisante, et y verra un nouveau motif de garder son argent (3).

97. — Encore le délai de dix jours serait-il à peu près suffisant, peut-être, à la rigueur, s'il ne se compliquait pas de la nécessité de trouver et fournir une caution, formalité maintenue aussi en Italie (art. 680) mais supprimée en Belgique.

Le cautionnement exigé par l'article 2185-5° Code civil n'a jamais été qu'un obstacle. Il n'en est pas question en matière de vente judiciaire ni en matière de vente des biens d'un failli. On ne l'a motivé en notre matière que par un besoin de garantie, et pour éviter des surenchères téméraires de la part de créanciers ne venant pas en ordre utile. Que vaut donc ce moyen de garantie ?

Il semble bien avoir été convenu d'abord, au cours des débats, qu'il aurait le même caractère qu'en matière civile, malgré une légère différence de rédaction entre l'article 2185-5° C. civil et l'article 20 *in fine* de la loi de 1885. La caution n'a donc pas pour objet de garantir le paiement du prix et des charges avec le dixième en sus, mais seulement l'*obligation* prise par le surenchérisseur de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui stipulé dans le contrat ; et si ce premier surenchérisseur est déclaré adjudicataire, il contracte une nouvelle obligation à laquelle son cautionnement de suren-

1. *Ibid.*

2. De Valroger, n° 1287, p. 271.

3. *J. Off.*, n° du 28 juin 1874, p. 4417.

chère demeure étranger (1). M. Rameau l'a déclaré lors des débats (2), et il n'a pas été contredit.

Voilà donc une garantie bien réduite : est-elle, dans ces limites, encore utile ?

Quoiqu'on en ait dit, la garantie la plus efficace contre des réquisitions téméraires de surenchère est la double responsabilité personnelle du surenchérisseur et de l'avoué. Celle de l'avoué, car je ne crains pas, comme le rapporteur de la loi (3), qu'un avoué, même de province, se prête à occuper pour un acheteur de solvabilité insuffisante, à seule fin de s'attirer des clients : on se figure mal un officier ministériel jouant son présent et son avenir contre le plaisir de compter dans son cabinet un client insolvable de plus. Quant à la responsabilité du surenchérisseur lui-même, elle ne paraîtra pas illusoire, si l'on songe que la différence entre le prix offert par lui et celui que produira l'adjudication sur folle-enchère sera prise d'abord sur sa créance inscrite et au besoin sur ses autres biens (4).

98. — L'article 2185 *in fine* décide que les formalités prescrites pour la réquisition de mise aux enchères le gout à peine de nullité. Si le législateur de 1874-1885 n'a pas reproduit cette disposition, dit-on généralement, c'est un oubli involontaire auquel il faut suppléer (5).

Cela ne va-t-il pas de soi, et n'est-il pas évident que la surenchère n'est valable que quand elle est régulière,

1. Civ. rej., 2 août 1870 : *Sir.*, 71-1-17.

2. *J. Off.*, n° du 11 décembre 1874, p. 8185.

3. *J. Off.*, *ibid.*, p. 8186.

4. Bédarride : *op. cit.*, n° 312.

5. Alauzet : *op. cit.*, p. 43.

c'est-à-dire quand elle remplit les conditions exigées (1) ?

Si la surenchère est valable, la vente se poursuivra dans la forme des ventes sur saisies (2). Cette procédure de la saisie n'est qu'une matière connexe à notre sujet ; et l'étude des dispositions qui la réglementent incidemment dans la loi de 1885 exigerait des développements trop considérables pour être entreprise ici d'une manière utile.

1. Bédarride : n° 317.

2. Art. 20; *cf.* loi belge, art. 153.

---

## APPENDICE

### CONFLITS DE LOIS

99. — Un navire fait escale dans un port d'un pays autre que celui auquel il appartient. Son propriétaire veut le grever d'hypothèques, ou bien un tiers veut se prévaloir d'une hypothèque sur ce navire: le pourront-ils, et dans quelles conditions?

Pour résoudre cette question, M. Laurent (1) se réfère à la loi du pays où se trouve le navire, parce que, dit-il, le navire est un meuble, et que les conflits de lois se résolvent en matière mobilière pour la *lex rei sitæ*.

Oui, le navire est un meuble: je l'ai reconnu et j'en ai tiré certaines conséquences. Oui d'autre part, les meubles sont régis par la *lex rei sitæ*; mais pourquoi cela, et comment justifie-t-on cette règle qui n'est écrite nulle part et que certains auteurs contestent (2)? Simplement par la tradition et par de très puissantes considérations d'utilité pratique (3). Or ni cette tradition ni ces considérations n'existent pour les navires: ses motifs n'existant plus, il est naturel d'écarter la règle; d'autant que des considérations

1. *Op. et loc. cit.*; cf. Morand, *thès. cit.*; voy. aussi Caen, 31 juillet 1870: *Sir.*, 71-2-57; Req. rej., 19 mars 1872: *Sir.*, 72-1-238; Rennes, 14 avril 1875, confirmant Com. Vannes, 27 juil. 1874: *J. de dr. intern. pr.*, 1875, p. 436; Aix, 23 mai 1876: *Sir.*, 80-1-260; Rouen, 31 juil. 1876: *Sir.*, 77-2-129.

2. Weiss: *Traité élém. de dr. internat. pr.*, pp. 516 et 754.

3. Lyon-Caen: Note sous *Sir.* 80-1-257.

pratiques autrement puissantes militent en faveur d'une règle opposée, qui s'impose notamment en matière d'hypothèque, dût-on la repousser en toute autre matière (1).

Cette règle, soutenue par MM. Labbé (*loc. cit.*), Lyon-Caen et de Courcy (2), consiste dans l'application de la *loi du pavillon* : le caractère spécial des navires, qui ont, à la différence des autres meubles, une nationalité bien définie et un domicile (le port d'attache), permet de les considérer comme régis en tous lieux par leur loi d'origine sans que cela porte atteinte à aucun droit, à aucun intérêt. La prise de connaissance de l'acte de nationalité suffit à protéger les tiers en leur faisant savoir à quelle loi ils devront se référer.

Ainsi pendant que le navire fait escale, comme je l'ai supposé, dans un port d'un pays autre que celui auquel il appartient, deux ordres de questions pourront se poser à son sujet :

1° Son propriétaire veut l'hypothéquer. Il ne le pourra que si la loi du pavillon l'y autorise, et il devra se conformer aux prescriptions de cette loi quant à la nature de l'acte et à la publicité. — L'opinion contraire valide l'hypothèque constituée en France, par exemple, sur un navire dont la loi nationale ne reconnaît pas ce mode de garantie : dès lors le navire n'aura qu'à retourner en son pays pour échapper à toute poursuite hypothécaire. De plus cette opinion applique les dispositions de la loi

1. Lyon-Caen : *Etudes de droit intern.*, p. 250.

2. *Questions de droit m.*, t. I, p. 72 ; — *add.* Civ. Marseille, 8 avril 1876 (*Sir.*, 80-1-259) et 4 avril 1881 (*J. de dr. intern. pr.*, 1882, p. 302) ; Civ. Cass., 25 novembre 1879 : *Sir.*, 80-1-257 ; Grenoble, 11 mai 1881 : *Sir.*, 81-2-223.

du lieu, quant à la publicité : de sorte qu'il sera impossible de constituer aucune hypothèque sur navire étranger en France, où les registres d'inscriptions sont ouverts exclusivement aux navires français (1). Presque toutes les législations, du reste, écartent l'application des lois étrangères aux bâtiments nationaux, en subordonnant à certaines règles exclusives la validité des hypothèques consenties *sur ces navires* (2).

2° Des créanciers ayant hypothèque sur le navire veulent le saisir et faire vendre. Ici encore c'est la loi du pavillon qui règlera l'exercice du droit de suite et l'ordre de préférence. — Autrement les créanciers chirographaires, pour se débarrasser des hypothèques par lesquelles ils sont primés sur le prix du navire, n'auraient qu'à faire en sorte de le saisir dans les eaux d'un pays où l'hypothèque sur navire n'est pas connue (3) ; et ainsi cette institution, qui déjà ne fournit aux créanciers qu'une garantie bien peu solide, aurait encore son existence compromise par une cause toute accidentelle, un voyage en Espagne par exemple. Les droits qui affectent le navire se trouvant exposés à changer dans l'année autant de fois qu'il fera escale dans des ports de nationalités différentes, les créanciers devraient en contractant tenir compte de toutes les législations auxquelles il pourra être successivement soumis (4) : qui donc consentirait, dans ces conditions, à engager des capitaux dans la construction et l'armement des navires ?

1. L.-C. et R : *op. cit.*, n. 2518 *in fine* ; — Morand : *thès. cit.*, p. 146.

2. *Voy. notamment* loi de 1885, art. 33, al. 2.

3. Lyon-Caen : *Etudes*, p. 247.

4. Renault : *op. cit.*, p. 484.

100. — Une difficulté spéciale, pour l'application du droit positif français à notre matière, est née de l'existence de l'article 2128 C. civ. C'est même là ce qui semble avoir déterminé M. Lyon-Caen à admettre la théorie que j'ai combattue, et qui consiste à ne pas faire de l'application du droit civil à l'hypothèque des navires un principe général.

Ce serait assurément un nouvel obstacle bien gratuitement apporté à la praticabilité de notre institution, que d'étendre, avec M. Laurent, la disposition de l'art. 2128 aux contrats d'hypothèque sur navire passés à l'étranger, sous prétexte que cela est conforme à l'esprit de la loi aussi bien qu'à son texte. Il est absurde, je ne fais aucune difficulté pour le reconnaître, de « décider qu'un immeuble de 1000 fr ne peut être hypothéqué en Angleterre, tandis qu'un vaisseau d'une valeur de 4 millions pourrait être grevé d'hypothèque, par un acte passé à l'étranger (1) » ; mais l'absurdité provient exclusivement de la solution adoptée pour l'immeuble, et non de celle que nous proposons pour le navire.

Il y a eu dans l'admission de l'art. 2128 une méprise véritable de la part des auteurs du Code civil (2) : partant de l'idée que les actes d'hypothèque étaient des actes notariés, exécutoires sans jugement, ils en ont conclu bien à tort qu'admettre la validité d'une hypothèque constituée par acte étranger était donner à cet acte la force exécutoire en France, ce qui serait une atteinte au principe de la souveraineté nationale. Cette bévue législative

1. Laurent : *op. et loc. cit.*, n° 391 bis.

2. Duranton : *Cours de droit français*, t. 19, p. 552.

et les raisons qu'on en peut ainsi donner suffiraient à écarter l'application de l'art. 2128 à notre matière : en effet l'explication donnée suppose essentiellement qu'il s'agit d'actes authentiques ; mais l'hypothèque peut être constituée sur les navires par acte sous-seing privé, et comment dès lors un effet qu'on est amené à reconnaître à un acte de ce genre pourrait-il être refusé à l'acte authentique ?

Du reste une disposition formelle de la loi spéciale écarte l'art. 2128 au cas d'hypothèque constituée à l'étranger sur un navire français. L'art. 26 de la loi de 1874 décidait que les hypothèques consenties en cours de voyage prendraient rang du jour de l'inscription sur l'acte de francisation : elles étaient donc valables dès ce jour, quoique constituées en pays étranger. En supprimant l'article, le législateur de 1885 n'a pas supprimé ce principe (1) ; il l'a consacré au contraire dans son art. 33, en assimilant, quant à l'effet produit, les hypothèques consenties à l'étranger à celles consenties en France.

Quant aux navires étrangers saisis en France, ils ne rentrent pas dans la dénomination de « biens de France » qu'emploie l'art. 2128 ; les hypothèques constituées sur eux à l'étranger ne sont donc pas non plus soumises à l'application de cet article.

1. *J. Off.*, 1883 : Sénat, annexes, p. 570.

---



# POSITIONS

---

## POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE DE DROIT ROMAIN

- I. — La règle qui mettait les risques à la charge de l'acheteur pur et simple n'avait pas été admise comme le corrélatif de son droit aux améliorations.
- II. — Le fragment 36 *loc. cond.* contient une application de la distinction entre les faits de force majeure et les simples cas fortuits.
- III. — La *custodia* que la convention mettait quelquefois à la charge du vendeur aux termes du § 3, *Inst. de empt. et vendit.*, n'était pas restreinte aux cas de fuite et de vol.
- IV. — Le vendeur avec *facultas solutionis* se libérait en livrant l'objet *in facultate*, malgré les pertes partielles ou détériorations subies par cet objet.

## POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE DE DROIT FRANÇAIS

- I. — Le privilège du prêteur à la grosse avant le départ n'existe plus, même pour les navires de moins de vingt tonneaux.

- II. — Un navire susceptible d'hypothèque peut être donné en gage.
- III. — Il faut en principe, dans le silence de la loi spéciale, appliquer à l'hypothèque des navires les règles du Code civil.
- IV. — Le créancier qui a hypothèque sur un navire ne peut pas faire assurer sa créance.

#### POSITIONS PRISES EN DEHORS DES DEUX THÈSES

##### DROIT ROMAIN.

- I. — Les comices par curies pouvaient refuser leur approbation aux testaments.
- II. — L'erreur sur la substance était une cause suffisante de nullité de la vente.
- III. — La compensation légale n'a jamais été admise à Rome.
- IV. — Les pactes nus n'engendraient d'obligation naturelle que lorsque telle avait été l'intention des parties.

##### DROIT CIVIL

- I. — Le même jugement peut prononcer le divorce à la requête de l'un des époux et la séparation de corps à la requête de l'autre.
- II. — La prescription de l'hypothèque par le tiers détenteur est une prescription acquisitive.
- III. — Le débiteur qui n'a pas de biens présents peut hypothéquer ses biens à venir.

- IV. — La donation faite sous une condition impossible, illicite ou immorale, peut être annulée dans son entier si la condition est reconnue avoir été en fait la cause déterminante et le but de la disposition.
- V. — Il faut, pour qu'un contrat se forme, que chacune des deux parties ait connu le consentement de l'autre.

### DROIT COMMERCIAL.

- I. — Le créancier hypothécaire qui vote au concordat ne perd pas son hypothèque si le concordat est annulé ou résolu.
- II. — L'usufruitier d'une obligation à prime n'a pas droit à la propriété de la prime.

### DROIT PÉNAL

- I. — L'ivresse absolue entraîne irresponsabilité.

---

Vu par le Président de la thèse,  
LYON-CAEN

Vu par le doyen :  
COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,  
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,  
GRÉARD









---

PARIS, GEORGES ROUGIER, 11, RUE DU REGARD, 11

---